Die Tragweite der Vermutung zu Gunsten der Gläubiger des Ehemanns.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. L.

vorgelegt von
Friedrich Boland
Referendar aus Iserlohn.

Marburg 1927.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Angenommen von der Juristischen Fakultät
der Universität Marburg im November 1926.

Meinen Eltern!

I. Die bisherigen Ansichten über die Anwendbarkeit der Vermutung.

Bevor die in dieser Arbeit vertretene Ansicht über die Tragweite und Anwendbarkeit der Vermutung des § 1362 I BGB. zu Gunsten der Gläubiger des Ehemannes erörtert wird, ist zunächst auf die anderen Ansichten hierüber einzugehen. Diese werden am besten charakterisiert durch die Voraussetzungen, die sie für die Anwendung der Vermutung fordern; denn durch deren Zahl unterscheiden sie sich von einander und von der vertretenen Ansicht. Die Voraussetzungen sind am besten an einen praktischen Fall zu erkennen, auf den § 1362 I BGB. unbestritten anwendbar ist.

Es sei zu diesem Zwecke angenommen, der Ehemann (E.M.) habe eine kostbare chinesische angeblich ihm gehörige Vase an den Kunstsammler K. verkauft. Da es gleichgültig ist, ob K. den Kaufpreis erlegt hat, bleibe dieser Umstand dahingestellt. Jedenfalls ist ausgemacht, daß die Vase von nun an dem K. gehören solle, daß dieser sie dem E.M. jedoch zu irgend einem Zwecke noch auf einige Tage leihe. Außer dem Kauf ist also auch noch ein Übereignungsvertrag mit Besitzübermittelung (constitutum possessorium) abgeschlossen worden. Als K. zur verabredeten Zeit die Vase abholen will, wird ihm ihre Herausgabe mit der Begründung verweigert, die Vase gehöre der Ehefrau (E.Fr.); der E.M. habe nicht das Recht gehabt, über sie zu verfügen.

Nach der h. M. würde nun K. aus dem Kaufvertrag gegen E.M. gemäß § 326 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagen und aus einem zusprechenden Urteil pfänden lassen können. Zum Zwecke der Befriedigung kann er unter anderen Sachen auch gerade jene umstrittene Vase pfänden lassen. Befindet diese

sich nicht im alleinigen Gewahrsam des E.M. und ist die Frau, wie wohl als Regel anzunehmen, nicht zur Herausgabe bereit, so kann K. wegen der §§ 808, 809 ZPO. nur den Herausgabeanspruch des E.M. gemäß § 846 ZPO. pfänden, sich überweisen lassen und gegen die E.Fr. auf Grund von § 847 ZPO. einklagen. In diesem zweiten Prozeß, in dem nach den allgemeinen Regeln eigentlich er selbst das Eigentum des E.M. als seines Vormannes zu beweisen hätte, kann er sich nun auf die Vermutung des § 1362 I berufen und damit der E.Fr. den Beweis für ihr Eigentum zuschieben.[1])

Es liegt somit für die Anwendung der Vermutung folgender Tatbestand vor:

1. K. hat ein Urteil mit der Bestätigung seiner Forderung,
2. dieses Urteil ist — wenigstens vorläufig — vollstreckbar,
3. K. hat sein vom Eigentum des E.M. abhängiges dingliches Recht an der Vase durch die Handlung eines öffentlichen Organes, des Gerichtsvollziehers, erlangt.
4. Seine Forderung ist fällig;
5. sie besteht in einem Geldanspruch,
6. K. hat das Recht zwecks Befriedigung nicht zwecks Erfüllung dieser Forderung erlangt,
7. Es sind die besonderen Voraussetzungen des § 1362 I BGB. gegeben und zwar: gültige Ehe, Besitz eines der gatten, bewegliche Sache, Schuldverhältnis zwischen K. und E.M.

Es scheint nun als weitestgehende zeitweise die Meinung vertreten worden zu sein, daß alle aufgezählten und in dem angenommenen Fall auch zufällig vorhandenen Voraussetzungen, also insbesondere auch ein Leistungsurteil für die Anwendung von § 1362 I erforderlich seien. Fischer-Henle[2]) sagen in einigen älteren Auflagen, es „genüge ein wenn auch nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel." Dies scheinen sie jedoch damit gleichzeitig auch als Mindesterfordernis angesehen zu haben. Danach

---

[1]) Staudinger 1362, Anm. 9; Planck, 1362, Anm. 1; Opet-Blume 1362, Anm. 3 b; A.B. Schmidt 1362, Anm. 3 a; Wolff, § 44, I, 4; Endemann S. 301 Anm. 52; Mitteis S. 23; Goldmann-Lilienthal S. 78 Anm. 4; Mayer-Reis, § 23 Anm. 5.

[2]) Fischer-Henle, 9. Aufl. 1912 Anm. 5 u. die folgenden Auflagen.

würde § 1362 I z. B. bei einer Pfändung auf Grund eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung, die ja keine Schuldtitel sind, nicht anwendbar sein. Schon dieses eine Ergebnis spricht gegen die wiedergegebene Auffassung. Denn der Erlaß der genannten Sicherungstitel setzt voraus, daß der Gläubiger glaubhaft gemacht hat, daß der Schuldner Handlungen vornimmt, die die Vollstreckung des Urteils zu vereiteln oder wesentlich zu erschweren drohen.[1]) In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird ein solcher Schuldner unredlich sein. Gerade hier erscheint es deshalb notwendig, dem Gläubiger ein schnelles Zugreifen auf Grund der Vermutung zu ermöglichen oder zu erleichtern. Auch im Wortlaut des Gesetzes findet die gekennzeichnete Auffassung keine Stütze. Es wird nicht gefordert, daß es ein durch Urteil bestätigter Gläubiger sein müsse, dem die Vermutung zu Gute komme, sondern einfach daß er Gläubiger ist, wozu es eines vollstreckbaren Urteils, das ja nur bestätigend (deklaratorisch) nicht konstitutiv wirkt, nicht bedarf. Diese Ansicht, die sich in der Rechtsprechung nicht durchgesetzt hat, ist später auch von Fischer-Henle soweit sie bewußt vertreten worden sein sollte, wieder aufgegeben worden.[2])

Dagegen scheint eine andere Ansicht viel geteilt worden zu sein, die dahingeht, daß gerade ein Schuldtitel nicht notwendig sei, daß aber immerhin § 1362 I nur nach vorausgegangener Zwangsvollstreckung, also nach stattgehabter Handlung eines öffentlichen Organs, des Gerichtsvollziehers, anwendbar sei. Habe der E.M. z. B. eine Vase im Besitz seiner Frau einem Dritten, der zufällig sein Gläubiger sei, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs also rechtsgeschäftlich übertragen, so gelte die Vermutung nicht. Hierbei nehme nämlich der Dritte die Vermutung nicht als Gläubiger, sondern nur als Rechtsnachfolger, also unberechtigterweise für sich in Anspruch.

Diese Ansicht ist noch besser negativ dahin zu fassen, daß K. sein vom Eigentum des E.M. abhängiges Recht nicht durch ein Rechtsgeschäft mit diesem selbst erlangt haben dürfe. Die angegebene Forderung ist einer der Gedanken, die in der von

[1]) Stein § 917 Anm. I.
[2]) Fischer-Henle 12. Aufl. 1923 Anm. zu § 1362.

vielen Schriftstellern[1]) gebrachten Gegenüberstellung Gläubiger — Rechtsnachfolger enthalten sind.

Mit der Begründung, daß in dieser Gegenüberstellung ein anderer Gedanke habe ausgedrückt werden sollen, tritt das Reichsgericht[2]) dieser Auslegung entgegen; jedoch zu Unrecht. Das Mißverständnis ist dadurch veranlaßt, daß die Fassung „Gläubiger nicht Rechtsnachfolger" denkbar unglücklich gewählt ist. Sie enthält nämlich nicht einen klaren Gegensatz sondern ist vieldeutig, sodaß sich aus ihr, sowie den für sie angeführten Beispielen noch andere Einwände außer dem vom Reichsgericht hervorgehobenen ableiten lassen; diese in eine gemeinsame Formel gepreßt, mußten aber notwendig unklar werden. Das ergibt sich aus folgender Erwägung.

Sollte die Gegenüberstellung beweiskräftig sein, so müßten sich die Begriffe Gläubiger und Rechtsnachfolger gegenseitig so ausschließen, daß nicht dieselbe Person für dasselbe Geschäft gleichzeitig beides sein konnte; andernfalls würde sich eine Unterscheidung, in welcher Eigenschaft die betreffende Person handelte, nicht machen lassen. Die Begriffe schließen sich jedoch gegenseitig nicht aus. Ein Gläubiger, der sich durch eine Verpfändung hat sichern lassen, ist gleichzeitig auch ein Rechtsnachfolger und zwar nicht zufällig, sondern im engsten Geschäftszusammenhang mit seiner Forderung. Das zeigt sich z. B. darin, daß wenn die Forderung erlischt, auch das Pfandrecht untergeht. § 1252 BGB. Der begriffliche Gegensatz zum Gläubiger ist der Schuldner oder einfach der Nichtgläubiger, d. h. jeder Dritte, der keine Forderung hat, nicht jedoch der Rechtsnachfolger. Dessen Gegensatz ist vielmehr entweder der Rechtsvorgänger oder der Nichtrechtsnachfolger, d. h. der, dessen Recht sich nicht auf dem seines Vorgängers aufbaut, sondern selbständig besteht. Darunter sind also z. B. alle Fälle ursprünglichen (originären) Erwerbs zu verstehen, wie Ersitzung, Verbindung oder Aneignung, (Occupation). Wenn nun die bezeichnete Meinung vom Rechtsnachfolger spricht, so kann sie diesen Ausdruck nur i. S. des letzterwähnten Gegensatzes gebrauchen, meint also den Nachfolger

[1]) RG. 80, 65.

[2]) Planck 1362 Anm. 2; Neumann § 1362, Anm. II 1; Opet 1362, Anm. 1; Fischer-Henle 1362 Anm.

kraft abgeleiteten Erwerbs. Eine andere Deutung des Ausdrucks erscheint in diesem Zusammenhange ausgeschlossen. Dabei kann sie jedoch weiter nur den Hauptfall der Rechtsnachfolge nämlich den der rechtsgeschäftlichen von den Vorteilen der Vermutung ausschließen wollen. Denn auch der Dritte der im Wege der Zwangsvollstreckung ein Recht erlangt hat, hat es nur, wenn und insoweit es der Schuldner selbst besitzt, macht daher sein aus der Pfändung entspringendes Recht auch als Rechtsnachfolger geltend. Daraus ergibt sich, daß wenn der Ausdruck Rechtsnachfolger einen Sinn haben soll, er nur für rechtsgeschäftliche Nachfolger gebraucht sein kann. So ist in der Tat auch die Gegenüberstellung Gläubiger-Rechtsnachfolger von einigen Seiten[1]) ausdrücklich aufgefaßt worden.

Die Berechtigung dieser Deutung ergibt sich weiter auch daraus, daß sich für diese Auffassung auch ein scheinbarer Billigkeitsgrund geltend machen läßt. Die Ansicht entsprang nämlich offenbar allein aus dem Wunsch, die Frau gegen ihren Mann zu schützen. Man fürchtete sie zu benachteiligen, wenn man ermöglichte, daß der Dritte sein behauptetes dingliches Recht, durch dessen prozessuale Verfolgung die Frau vermöge der Vermutung zum Nachweis ihres Eigentums gezwungen wird, schon durch ein einfaches Rechtsgeschäft mit dem E.M. erlangt, statt durch die anscheinend schwerer erreichbare und leichter nachzuprüfende Amtshandlung eines öffentlichen Organs, des Gerichtsvollziehers. Man wollte offenbar zum Schutz der E.Fr. die Pfändung als erschwerenden Umstand zwischenschalten. Dieser Gedanke spricht auch aus der hauptsächlichsten Begründung dieser Meinung. Die Vermutung sei, wie sich nicht nur aus den Umständen beim Zustandekommen des Gesetzes ergebe — die Einschränkung zu Gunsten der ehemännlichen Gläubiger ist durch die Reichstagskommission gemacht worden[2]) — ausdrücklich nur den Gläubigern gegeben. Es dürfe daher kein Weg eröffnet werden, daß auch der E.M. selbst sie sich auf einen Umweg nutzbar machen könne. Das geschehe aber, wenn man ihm rechtsgeschäftliche Verfügungen — genannt wird immer nur die Form der Anspruchsübertragung —

[1]) O.L.G. Frankfurt in RG. 80,62; Scheerer: D. 13. Jahr des BGB. Literaturnachweis zu § 1362.

[2]) Materialien Bd. IV S. 1220 f.

dadurch erleichtere, daß man auf die durch sie betroffenen Sachen die Vermutung anwende[1]).

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, daß sich zum mindesten die Vertreter der geschilderten Ansicht zu deren Kennzeichnung eines falschen Ausdrucks bedienen. Aber auch sachlich ist die vorstehende Begründung in doppelter Beziehung nicht richtig. Einerseits bestimmt die Vermutung einfach ohne Zusatz, daß sie zu Gunsten der Gläubiger gilt. Daraus ist zu schließen, daß sie auch dann gilt, wenn sich bei der Anwendung noch Nebenwirkungen zu Gunsten anderer Personen, etwa des E.M., ergeben. Eine für diesen Fall die Vermutung ausschließende Bestimmung hätte wegen der allgemeinen Fassung „Gläubiger" in § 1362 I ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen werden müssen. Zu dessen Gunsten gilt also die Vermutung „uneingeschränkt und allgemein"[2]). Andererseits ist aber auch die Voraussetzung unrichtig, die Stellung des E.M. werde infolge dieser Auffassung auf Kosten seiner Frau gestärkt. Das ist später des weiteren im Zusammenhang nachzuweisen.

Man könnte diesen Einwand auch noch in einer Fassung bringen, die Endemann[3]) in etwas anderem Zusammenhang zweifelnd abweist. Man könnte sagen, der Dritte mache bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs bei der wegen dieses Anspruchs erhobenen Klage nicht sein Recht, sondern das des E.M. geltend und für diesen gelte die Vermutung nicht. Selbst wenn auch die erstere Behauptung richtig ist, so ist damit noch nichts bewiesen. Auch in dem nach der Pfändung entstehenden Streit, selbst dann, wenn die Sache selbst gepfändet wurde und nicht nur der Herausgabeanspruch, muß sich der Dritte auf das angebliche Recht seines Schuldners berufen. Da hier die Anwendung von § 1362 I unbestritten ist, kann es nicht darauf ankommen, wessen Recht geltend gemacht wird, sondern wer es geltend macht. Der Einwand würde dann mit Recht erhoben werden können wenn der Dritte, der zufällig Gläubiger von E.M. ist, sich auf

[1]) So Wieruszowski S. 151.
[2]) RG. 80,64.
[3]) Endemann S. 301, Anm. 52.

die Vermutung berufen würde, jedoch als Vertreter des E.M. Handelt er im eigenen Namen und eigenem Interesse, so ist dieser Einwand nicht stichhaltig.

Schließlich ergibt sich auch aus der Stellung der Vorschrift im BGB. unter den allgemeinen Regeln des ehelichen Güterrechts, daß es sich nicht um eine Norm handeln kann, die nur nach vorausgegangener Zwangsvollstreckung praktisch wird; wäre das richtig, dann würde sie wahrscheinlich mit den anderen materiellen Vorschriften im Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO. untergebracht sein.

Wäre die Vermutung nur auf gepfändete Sachen anwendbar, so würde das weiter voraussetzen, daß die Forderung des Gläubigers fällig ist. Auch dafür ergibt sich aber nicht der geringste Anhalspunkt im Gesetz. Daher ist anzunehmen, daß § 1362 I auch bei rechtsgeschäftlichen Übertragungen anzuwenden ist.

Diese Auffassung hat auch das RG. in einem Urteil vom 9. Juni 1912 vertreten.[1]) Der zugrunde liegende Tatbestand war folgender: Dem Kläger waren Hotelmöbel vom E.M. für den er eine Bürgschaftserklärung abgegeben und eingelöst hatte, durch Besitzübermittlung zur Sicherung übereignet worden. Von den Rechtsnachfolgern der E.Fr., die mit dem früher der E.Fr. gehörigen Hotel auch die darin befindlichen Sachen im Besitz bekommen hatten, verlangte er deren Herausgabe. Da er das bestrittene Eigentum des E.M. nicht nachweisen konnte, führte er aus, zu seinen Gunsten als Gläubiger sei der E.M. gemäß § 1362 I bis zu der Übereignung als Eigentümer anzusehen. Infolgedessen habe seitdem nun er selbst bis zur Widerlegung der Vermutung als Eigentümer zu gelten; damit sei sein Klagegrund dargetan. Beide Vorinstanzen hatten die Klagen abgewiesen, das Berufungsgericht mit der schon (Seite 8—9) erwähnten Begründung, das Reichsgericht trat dagegen dem Standpunkt des Klägers bei und verwies den Streit in die Berufungsinstanz zurück.

---

[1]) RG. 80,62 = Jur. W. 41,912 — Grochot's Beitr. Bd. 56, S. 1000.

Diese Ansicht des RG. wird fast in der ganzen neueren Literatur zustimmend oder ohne Widerspruch mitgeteilt.[1]) Sie entspricht also wohl der h.M. Sie ist kurz dahin zu kennzeichnen, daß sie von den oben aufgezählten sieben Voraussetzungen die vier ersten nicht mehr für die Anwendung von § 1362 I fordert. Ihr zufolge ist die Vermutung auf alle Sachen anwendbar, die in der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Gläubigers gepfändet oder rechtsgeschäftlich zwecks Sicherung übereignet wurden. Es wird zu untersuchen sein, ob von den drei letzten Voraussetzungen nicht auch die fünfte und sechste, das heißt die, daß die Forderung auf Geld geht und die Sache aus den eben bezeichneten Gründen übertragen wurde, entbehrlich sind. Zuvor ist jedoch noch die Bedeutung dieser Ansicht in anderer Beziehung zu würdigen.

Die Vermutung betrifft ihren Wortlaut nach des Eigentum des E.M. an bestimmten Sachen. Da sie aber nicht zu Gunsten des vermuteten Eigentümers, sondern nur zu Gunsten gewisser anderer Personen gilt, so wird sie erst praktisch, wenn diese ein Interesse daran haben, daß die fraglichen Sachen dem E.M. gehören oder gehört haben. Das ist in der Regel nur der Fall, wenn sie selbst ein dingliches Recht an der Sache erlangt haben — und zwar, wie angenommen sei durch Rechtsgeschäft — dessen Bestehen von dem Recht ihres Vormannes abhängig ist. Besteht dessen Recht nicht, so haben auch sie, abgesehen von den Fällen gutgläubigen Erwerbs, kein Recht erlangt. Juristisch-technisch wird letzteres ja nun so ausgedrückt, daß die Verfügung als von Nichtberechtigten vorgenommen, unwirksam ist. Wird nun im Gegensatz dazu das Recht des Rechtsvorgängers, also das Eigentum des E.M. als bestehend angenommen, so ist das entsprechend so auszudrücken, daß die Verfügung als vom Berechtigten vorgenommen, also als wirksam zu vermuten ist. Hier enthält also eine Vermutung über das Recht an Sachen, die

[1]) RGR. Kom 1362, Anm. 1; Staudinger § 1362, Anm. 1; Warneyer, Große Ausgabe § 1362 Anm. 1; Planck § 1362 Anm. I 1, Soergel Anm. zu § 1362; Fischer Henle § 1362 Anm. 1 und 2; ferner Enneccerus-Wolff § 44 Anm. 5 Cosack § 139, 4, Anm. 3; Kohler Seite 185 Anm. 3; Goldmann Lilienthal S. 78, Anm. 5; Grundsätzlich übereinstimmend auch schon Wieruszowski S. 152.

über die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte und zwar derjenigen, die der E.M. zur Sicherung oder Befriedigung von Geldforderungen vorgenommen hat. Auch in dem vom RG. entschiedenen Streit hatte die Vermutung über das Eigentum des E.M. zur Folge, daß die von diesem getroffene Verfügung bis zum Gegenbeweis als wirksam angesehen wurde. Im Sinne der Wirksamkeit von Verfügungen soll auch im Folgenden von der Wirkung der Vermutung gesprochen werden.

II. Die vertretene Ansicht.

Zwecks Darstellung der hier vertretenen Ansicht sei wieder auf den eingangs angenommenen Fall zurückgegriffen. Der E.M. habe eine Vase dem Kunstsammler K. verkauft und durch Besitzübermittlung übereignet, und K. habe gegen E.M. auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder auf Erfüllung geklagt. Dabei ergibt sich nun die Frage, ob der E.M. dieser Klage nicht mit dem Vorbringen entgegen treten kann, er habe seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage schon erfüllt, indem er ja das Eigentum übertragen habe. Er behauptet und beweist gegebenenfalls zu diesem Zwecke seine Übereignungshandlungen. Des Beweises ihrer Gültigkeit ist er gemäß § 442 BGB. überhoben.

Die Stellungnahme zu diesem Vorbringen hängt ab von der Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer bei Übereignung durch Besitzübermittlung oder Abtretung des Herausgabeanspruchs auch der Verpflichtung zur Übergabe, die ihm nach § 433 BGB. neben der zur Eigentumsverschaffung obliegt, Genüge getan hat. Verneint man diese Frage, dann hat E.M noch nicht voll erfüllt und K. hat die Möglichkeit auf Lieferung zu klagen. Bejaht man sie aber mit der wohl herrschenden Meinung für den Fall der Besitzübermittlung[1]) und folgerichtig auch für den der Abtretung des Herausgabeanspruchs[2]), so ist, falls natürlich der dem K. obliegende Beweis gemäß § 442 BGB. nicht gelingt, die Klage auf Erfüllung, weil diese schon

[1]) Oertmann § 433 Anm. 2 a; Warneyer § 433 Anm. IV; RGR. Kom. § 433 Anm. 8, I; Staub Exkurs vor § 373 Anm. 56 a; OLG Hamburg, OLG. 36, 151; Anderer A. Emmerich Kauf- und Werkvertrag 1899 S. 35; Staudinger Handausgabe 1912 Anm. zu § 433, BGB.

[2]) RGR. Kom. § 433 Anm. 8 I; Staub Kom. Exkurs vor § 373, Anm. 56 a.

erfolgt, abzuweisen. Das bedeutet, daß K. nicht aus dem obligatorischen Vertrag auf Lieferung sondern nur gemäß § 985 BGB. auf Grund des dinglichen Vertrages auf Herausgabe klagen kann.

Für ihn würde sich aber nun die Schwierigkeit ergeben, außer dem dinglichen Vertrag auch noch das Eigentum des E.M. behaupten und bei Bestreiten beweisen zu müssen, um dazutun, daß die Überweisung vom Berechtigten vorgenommen und daher wirksam ist. Dieses schwierigen Beweises, den K. vielfach nicht wird erbringen können, ist er nun nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht überhoben.

K. beruft sich auf den in seiner Gültigkeit nicht angefochtenen obligatorischen Vertrag. Auf Grund dieses Vertrages ist K. Gläubiger von E.M. geworden. Die Behauptung geht nun dahin, daß gemäß § 1362 Abs. 1 alle in dem Besitz beider Ehegatten oder auch nur eines Ehegatten allein befindlichen beweglichen Sachen zu Gunsten des in der angegebenen Weise zum Gläubiger gewordenen bis zum Nachweis des Gegenteils als dem E.M. gehörig gelten. Demnach gilt nun zu Gunsten von K. E.M. als Eigentümer der Vase, die behauptete und zu beweisende Übereignung der Vase gilt als vom Berechtigten vorgenommen, also als wirksam, und K. gilt daher als Eigentümer bis nachgewiesen ist, daß nicht dem E.M. sondern seiner Frau die Vase gehört. Gelingt dieses nicht, so gilt das Eigentum als Klaggrund von § 985 BGB. für erwiesen und der Klage ist stattzugeben.

Die zu vertretene Behauptung ist also allgemein ausgedrückt folgende: Die in § 1362 I BGB. enthaltene Vermutung zu Gunsten der Gläubiger des Ehemanns über dessen Eigentum betrifft nicht nur Sachen, die in der Zwangsvollstreckung gepfändet wurden, sondern auch solche, die der E.M. rechtsgeschäftlich übertragen hat und zwar nicht nur, wenn es zwecks Sicherung, sondern auch wenn es zwecks Erfüllung einer Forderung geschah.

Bevor diese Ansicht begründet wird, ist sie mit Rücksicht auf die verschiedenen möglichen Fälle, die von ihr betroffen sind, zu untersuchen. Dieses Vorgehen ermöglicht es, diese bei der Begründung mit zu berücksichtigen. Es wird sich eine auf den

ersten Blick überraschende Menge von Fällen ergeben, die den Gedanken nahe legen, daß sich die rechtliche und die wirtschaftliche Lage der E.Fr. nach der vertretenen Ansicht gegenüber der nach der h. M. erheblich verschlechtern würde. Daß dies ein höchst unerwünschtes, der Rechtsentwicklung widersprechendes Ergebnis wäre, braucht kaum betont zu werden. Es sei daher schon hier gesagt, daß irgend eine Benachteiligung der E.Fr. nicht zu den Folgen der vertretenen Ansicht gehört.

Für die Anwendung der Vermutung i. S. der vertretenen Meinung ist erforderlich, daß 2 Geschäfte abgeschlossen wurden: 1. das obligatorische, auf Grund dessen der Dritte zum Gläubiger wird und 2. das dingliche, aus dem er sein Recht herleitet, das vom vermuteten Eigentum des E.M. abhängt. Es sei zunächst erörtert, welche obligatorischen Beziehungen einen Dritten zum Gläubiger i. S. von § 1362 I machen, um dann zu untersuchen, welche Übertragungshandlungen außer den schon erwähnten zur Sicherung als wirksam zu vermuten sind.

In dem geschilderten Fall handelt es sich um einen Vertrag, den der E.M. im eignen Namen über eine angeblich ihm gehörige Sache abgeschlossen hatte. Durch derartige Verträge ist der E.M. selbstverständlich vollgültig verpflichtet gleichviel ob sich später herausstellt, daß ihm die Vase wirklich gehört oder nicht

Aber nicht nur dadurch, daß der E.M. im eignen Namen handelt, kann er verpflichtet werden, sondern unter Umständen auch durch Handeln im fremden Namen, nämlich dann, wenn er seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann und sein Vertragsgegner an sie ohne Fahrlässigkeit geglaubt hat. Hier interessiert vornehmlich der Sonderfall, daß die vertretene Person die Ehefrau ist.

In dem angenommenen Fall kann E.M. bei Abschluß des Kaufvertrages behauptet haben, seine Frau habe ihn ermächtigt, die ihr gehörige Vase zu verkaufen. Hat K. im Vertrauen auf die Vollmacht des E.M. nicht fahrlässig gehandelt, so hat er gemäß § 179 BGB. einen Anspruch auf Schadensersatz oder Erfüllung; er ist also Gläubiger. Um Fahrlässigkeit auszuschließen, muß K. sich auf Umstände stützen können, die die einseitige Behauptung des E.M. über seine Vertretungsmacht wenigstens

scheinbar rechtfertigen. Immerhin hat schon die Angabe des E.M. allein wegen der nahen Beziehung der Ehegatten eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich. Man wird daher an die Erkundigungen des K. nicht so strenge Forderungen stellen dürfen, wie sonst im geschäftlichen Leben. Im allgemeinen dürfte der Umstand genügen, daß die E.Fr. ihrem Mann früher regelmäßig den Abschluß von Geschäften über ihr Eigentum anvertraut hat und daß K. dies wußte, daß K. selbst schon ähnliche Geschäfte mit E.M. abgeschlossen hat oder daß die E.Fr. früher gesprächsweise ihre Absicht, die Vase zu verkaufen, erwähnt hatte. Schließlich würden wohl alle solche Umstände genügen, aus denen hervorgeht, daß E.M. sich wie ein Bevollmächtigter seiner Frau betragen habe, ohne daß diese nach außen erkennbar dagegen eingeschritten ist. Ist K. also Gläubiger, so hat er nun auch wieder die Vermutung zur Seite, daß alle im Besitz der Ehegatten befindlichen Sachen d. h. auch die Vase, dem E.M. gehören. Die Übertragung der Sache gilt daher auch hier, wie oben dargelegt, als wirksam. Gegen diese Auffassung lassen sich zwei Einwände machen.

Der eine ist folgender. Im Unterschied zum Fall des Handelns im eignen Namen ist hier der Anspruch des K. gegen den E.M. bei seinem Entstehen erst aufschiebend bedingt, da die Verweigerung der Genehmigung des Vertrages durch den Vertretenen nach § 179 Abs. 1 eine Voraussetzung des Anspruchs gegen den Vertreter ist. Da die Verweigerung aber in der Regel erst nach Vollzug der Übertragungshandlung erfolgen wird, ist K. zu dieser Zeit erst „bedingter Gläubiger", und die Frage besteht darin, ob ein solcher ein Gläubiger im Sinne von § 1362 I ist. Diese Frage ist identisch mit der, ob ein bedingtes Recht schon ein Recht ist. Die Erörterung hierüber fällt aus dem Rahmen der Arbeit. Mit der h. M.[1]) ist sie wohl zu bejahen, womit die aufgeworfene besondere Frage in gleichen Sinne beantwortet ist. Zu demselben Ergebnis gelangt man aber noch aus einer mehr praktischen Erwägung heraus. Ziel des K. ist

[1]) Enneccerus Allg. Teil § 185 I 1 a, sowie die dort in Anm. 8 angeführten Schriftsteller, ferner Planck § 158 Anm. 2; RG., 69, 421.

die Erlangung der Vase. Dahin führen 2 Wege. Entweder erlangt er sie als E.Fr. gehörig, durch Vertrag mit der Ehefrau, diese vertreten durch ihren Mann, wobei die vorher nicht erteilte Vollmacht durch die Genehmigung ersetzt wird; oder er erlangt sie unter Anwendung der Vermutung aus § 1362 I als dem Ehemann gehörig durch Vertrag mit diesem, der dabei gemäß § 179 BGB. so behandelt wird, als ob er im eignen Namen abgeschlossen hätte. Beide Möglichkeiten sind bedingt. Die erste durch Genehmigung, die zweite durch Verweigerung der Genehmigung. Beide Bedingungen stehen nun wegen § 177 in einem alternativen Verhältnis zueinander der Art, daß, wenn die eine nicht eintritt, damit die andere eingetreten ist. Wenn nun im allgemeinen einem Recht, das aufschiebend bedingt ist, eine dem unbedingten Recht zukommende Wirkung versagt wird, so geschieht das mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Nichteintritts der Bedingung. Im vorliegenden Falle wäre ein solcher Hinweis jedoch höchst unbillig, denn der Nichteintritt der Bedingung d. h. die Nichtverweigerung der Genehmigung kann gemäß § 177 BGB. nur in der Genehmigung des Vertrages bestehen, und diese gewährt K. nicht nur die gleichen, sondern sogar größere Vorteile als die Verweigerung der Genehmigung, d. h. der Eintritt der Bedingung. Der Vorteil ist größer dadurch, daß die Erlangung des Eigentums nicht mehr vom Ausfall eines Beweises abhängig ist. Kürzer, jedoch nicht ganz genau ausgedrückt, kann das Gesagte dahin zusammengefaßt werden, daß K. auf jeden Fall, mag die Bedingung eintreten oder nicht, die Vase erlangt und daß es daher auf die Bedingung gar nicht ankommen kann. Deshalb ist anzunehmen, daß § 1362 I anwendbar ist, daß also zu Gunsten von K. auf Grund seines wenn auch nur bedingten Anspruches vermutet wird, daß die umstrittene Vase nicht der Ehefrau, sondern dem E.M. selbst gehört.

Der zweite Einwand besteht in dem Bedenken, ob eine Sache, die immer als der E.Fr. gehörig behandelt wurde und bezüglich deren keiner der Beteiligten bis dahin auf den Gedanken gekommen ist, sie könne dem E.M. gehören, nun plötzlich als in dessen Eigentum stehend soll vermutet werden können. Die

Frage ist also die, ob sich nicht aus den Vorverhandlungen über eine Sache schon ergibt, daß sie doch der E.Fr. gehört, ob nicht durch sie die Vermutung schon im voraus widerlegt ist. Ob und wieweit dies richtig ist, ist eine Frage des Gegenbeweises und im Zusammenhang damit weiter unten zu erörtern.

Auch dem Inhalt und Zweck nach können die verschiedensten Gründe als Entstehungsursache einer Forderung des Dritten K. an den E.M. vorliegen. In dem eingangs angenommenen Fall handelt es sich um einen Kauf. Was für ihn gilt, gilt gleicherweise auch für einen Tausch oder einen Werklieferungsvertrag. Es gilt ferner auch für Verträge, die nicht zu einer Übereignung, sondern zu irgend einer sonstigen Übertragung verpflichten, z. B. Miete, Pacht oder Leihvortrag. In diesem Falle kann die Ehefrau die Rückgabe der Sache an ihren Mann oder an sich selbst nur dann verlangen, wenn sie gemäß § 985 BGB. ihr Eigentum nachweist. Beruft sie sich dabei auf die Vermutung von § 1006 III zu Gunsten des mittelbaren Besitzers, so wird diese durch § 1362 I als Sondervorschrift überwunden.[1]) Schließlich können auch diese Verträge sowohl im eigenen Namen wie im Namen der Ehefrau abgeschlossen worden sein.

Außer rechtsgeschäftlichen können auch gesetzliche Verpflichtungsgründe, wie ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlung, gesetzliche Unterhaltspflicht des Vaters bezüglich seiner Kinder, besonders der aus einer früheren Ehe oder der unehelichen die Berechtigten zu Gläubigern des E.M. i. S. von § 1362 I machen.

Unter den Übertragungshandlungen, die nach § 1362 I als vom Berechtigten vorgenommen wirksam gelten, ist in dieser Arbeit, nach ihrem wirtschaftlichen Zweck unterschieden; für unsere Frage ist die wichtigste Gruppe die der Übereignung zwecks Erfüllung einer Forderung.

Von den vier dafür möglichen Formen der Übereignung ist die durch Besitzübermittlung schon besprochen. § 1362 I kommt hier natürlich nur zur Anwendung, wenn K. noch nicht gutgläubig den Besitz der Vase und damit ohnehin Eigentum erlangt

---

[1]) Warneyer Erg. Band 1923/24 Nr. 128. RG. in Bl. f. R. Anw. Bd. 72, 833.

hat. Rein theoretisch wäre es nicht notwendig, daß K. bei der Vornahme der Übereignung gutgläubig war. Mag K. um das Eigentum der Vase gewußt haben, so ist er doch, vorausgesetzt, daß sich der E.M. durch den obligatorischen Vertrag gültig verpflichtet hatte, Gläubiger von E.M. geworden und die Vermutung greift ein. Praktisch wird es jedoch nie zu einem bösgläubigen Erwerb von Nichtberechtigten kommen. Wenn nämlich E.M. und K. sich bewußt sind, daß die betreffende Sache der Ehefrau gehört, die in den Verkauf nicht einwilligt und trotzdem einverständlich handeln, so dürfte daraus wohl der Vorsatz hervorgehen, die Ehefrau zu hintergehen. Damit wäre der obligatorische Vertrag unsittlich und nichtig: K. wäre nicht Gläubiger und könnte sich nicht auf die Vermutung berufen. Vor allem schließt aber der Nachweis des bösen Glaubens bezüglich des Eigentums des E.M. den über das Eigentum eines anderen, hier also den über das der Ehefrau selbst ein. Mit dem bösen Glauben ist daher gleichzeitig auch das Eigentum der Ehefrau nachgewiesen, und das allein genügt ja schon, um die Klage des K. scheitern zu lassen. Die Fälle bösgläubigen Erwerbs scheiden daher hier, wie bei allen anderen Übereignungsformen für die Anwendung von § 1362 I aus.

Ein zweiter schon angedeuteter Fall, in dem § 1362 I anwendbar ist, liegt vor, wenn die Übereignung mit Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgt. Bei dieser Übereignungsart scheiden aber zunächst alle Fälle aus, in denen keiner der Eheleute Besitz hat, da dieser ja eine Voraussetzung für die Anwendung von § 1362 I ist. Es scheiden weiter aus die Fälle, in denen der E.M. besitzt. Hat er unmittelbaren Besitz, dann liegt ein Fall der Besitzübermittlung vor, hat er mittelbaren Besitz neben einem Dritten, dann erwirbt K. schon gutgläubig nach § 934 BGB. Es bleibt also allein übrig der Fall, daß der E.M. einem Herausgabeanspruch gegen die E.Fr. hat, die ihrerseits unmittelbar oder auch nur mittelbar besitzen kann. Auch hier ist die Entwicklung die gleiche wie bei der Besitzübermittlung. Durch das vorausgegangene obligatorische Geschäft ist K. Gläubiger geworden, sodaß nun die Sache in unmittelbaren oder mittelbaren

Besitz der Ehefrau als dem E.M. gehörend gilt. Seine Verfügung wird daher wieder bis zum Nachweis des Eigentums der E.Fr. als wirksam anzusehen sein.

Auch wenn bei der Übereignung die Übergabe durch Besitzbelassung ersetzt worden war, kann § 1362 I in Frage kommen. Hat K. die Sachen von dem E.M. erhalten, dann ist § 1362 I allerdings nicht anwendbar, da K. dann bei Gutgläubigkeit schon nach § 932 BGB. Eigentum erwarb, während ihm bei Bösgläubigkeit auch § 1362 I, wie ausgeführt, nicht helfen kann. Hat K. dagegen die Sachen nicht von dem E.M. sondern von dessen Frau bekommen, so schützt ihn guter Glaube nicht. Ist er daher auf Grund des Kausalgeschäftes Gläubiger geworden, so steht ihm auch bezüglich der schon in seinem unmittelbaren Besitz befindlichen Sachen die Vermutung zur Seite, vorausgesetzt, daß er Besitzmittler für einen der Ehegatten war, da deren wenn auch nur mittelbarer Besitz auch hier natürlich wieder Voraussetzung ist. Der Prozeß entwickelt sich aber hier nun anders als in den beiden vorigen Fällen. Da K. meist ja schon den Besitz der Sache hat, so wird nicht er anzugreifen und als Klagegrund sein Eigentum zu beweisen haben, sondern der Ehefrau als der angeblichen Eigentümerin den Nachweis ihres Rechtes überlassen können.

Diese kann entweder aus ihrem Eigentum auf Herausgabe klagen, und hat dieses dann ohnehin nachzuweisen. § 1362 I BGB. kommt hier nur dann zur Anwendung, wenn sie sich zu diesem Zwecke auf das notwendigerweise zu Grunde liegende Miet- oder Leihverhältnis beruft, um damit die Voraussetzung des § 1006 Abs. III zu Gunsten des mittelbaren Besitzers darzutun. Gegenüber dieser Vorschrift kann sich dann K. auf § 1362 I als Sondervorschrift berufen.

Die Ehefrau kann aber auch unmittelbar aus dem dem vorhandenen Besitzvermittelungsverhältnis zu Grunde liegenden obligatorischen Verhältnis auf Rückgabe klagen. Dieser Klage kann K. nur unter Berufung auf sein in der Zwischenzeit erworbenes Eigentum entgegentreten, das nun er zu beweisen hätte. Auch hier kommt ihm jedoch als Gläubiger des E.M. nach der vertretenen Ansicht wieder

die Vermutung zu Hilfe; daher hat auch hier die E.Fr. dieses Vorbringen des Beklagten K. durch den Nachweis ihres Eigentums zu entkräften.

Bei der Übereignung mit Übergabe kommt § 1362 I nicht in Frage, da K. bei gutem Glauben nach § 932 BGB. erwirbt und sich bei bösem Glauben auf § 1362 I nicht berufen kann.

Die zweite große Gruppe von Übertragungshandlungen, auf die § 1362 I anzuwenden ist, ist die zwecks Sicherung oder zwangsweiser Befriedigung einer Forderung. Sie ist hier nur kurz der Übersicht halber zu erwähnen, da sie nicht unter die aufgestellte zu beweisende Behauptung fällt, und von der h. M. auch ebenso beurteilt wird, wie vom Standpunkt der Vertretenen. Es gehören zu ihr alle Fälle, in denen eine Sache bei dem E.M. oder ein angeblicher Anspruch des E.M. auf Herausgabe gegen die E.Fr. gepfändet wurde. Als Urteile können außer denen auf Lieferung einer Sache auch beliebige andere z. B. auf Erfüllung eines Miet- oder Leihvorvertrages zu Grunde liegen. Der Zwangsvollstreckung brauchen jedoch nicht notwendigerweise Urteile zu Grunde zu liegen. Es genügen auch Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen. Auch auf die rechtsgeschäftliche Übertragung des E.M. an seine Gläubiger zwecks Sicherung einer Forderung ist § 1362 I anwendbar.[1])

Bei der Verpfändung kann § 1362 I allerdings nicht praktisch werden, da mit der notwendigen Übertragung unmittelbaren Besitzes der Gläubiger entweder gutgläubig ohnehin ein Pfandrecht erwirbt oder wegen bösem Glaubens überhaupt kein Recht. Wieruszowski[2]) führt als ein Beispiel, in dem die Vermutung bei einer Verpfändung von Wert sein könne, den Fall an, daß der E.M. einen von ihm seiner Frau gestohlenen Ring verpfändet habe. Wenn die Frau unter Darlegung dieses Vorgangs und unter Berufung auf § 1006 II gemäß § 985 BGB. von dem Dritten X. Herausgabe verlange, so könne dieser sich auf die Vermutung berufen. Wieruszowski selbst verkennt nicht die Seltenheit dieses Falles wegen der möglichen Besitzrechtsklage, aus § 1007 BGB., meint aber, sie könne von Belang werden, wenn die E.Fr. ein besonderes Interesse an der Feststellung ihres

---

[1]) Literatur siehe Seite 12.
[2]) a. a. O. Seite 152 Anm. 56.

Eigentums habe. Auch das dürfte nicht zutreffen. Um den gutgläubigen Erwerb des Dritten auszuschließen, muß die E.Fr. zunächst den Diebstahl beweisen. Das schließt den Nachweis in sich, daß der Ring nicht dem Mann gehörte. Im konkreten Falle wird dies nur durch den Beweis zu ermöglichen sein, daß der Ring einem andern gehört. Ist dieser andere die E.Fr., dann ist die Vermutung schon im voraus widerlegt; ist der andere eine fremde Person, dann bedarf es zum Bestreiten des Klaggrunds, d. h. des Eigentums der Ehefrau der Vermutung nicht mehr. Bei Verpfändung wird § 1362 I also nicht praktisch.

Wohl dagegen ist § 1362 I anwendbar bei der in steigendem Maße gebräuchlich werdenden Sicherungsübereignung[1]), die ja gerade eingeführt wurde, um eine Sicherung durch Besitzübermittlung unter Vermeidung der Übertragung unmittelbaren Besitzes zu schaffen.

Schließlich kommt § 1362 I auch noch in Betracht bei allen gesetzlichen Pfandrechten, z. B. dem des Vermieters § 559 BGB.[2]) wenn der Vermieter nach § 561 BGB. auf Herausgabe der ohne sein Wissen gegen seinen Widerspruch weggeschafften Sachen klagt, des Verpächters § 581 i. Vm. § 585 § 559 BGB. des Unternehmers beim Werkvertrag § 647, des Gastwirts § 704[3]) des Gläubigers an hinterlegten Sachen § 233 BGB. Besonders wichtig dürfte das gesetzliche Pfandrecht für den Vermieter sein, wenn man annimmt,[4]) daß die E.Fr. auch durch Unterzeichnung des Mietvertrages nicht selbständig Mietpartei geworden ist und daher auch nicht mit ihren eingebrachten Sachen haftet.

Die dritte Gruppe von Übertragungshandlungen ist die der Übertragung des Besitzes zur Ausübung eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes, um die Sache zu gebrauchen oder aus ihr Früchte zu ziehen. Von dinglichen Rechten kommt nur der Nießbrauch an beweglichen Sachen in Frage. Durch den Nieß-

---

[1]) RG. 80, 62 und Seite 12 in Anm. 1 angeführte Literatur.

[2]) Wieruszowski S. 158 Anm. 55. Kohler, Seite 185 Text zu Anm. 2. Mittelstein: Die Miete 3. Aufl. Berlin 1913 S. 491. Brückner: Die Miete Berlin 1900, S. 82 Anm. 8. Jedoch nur zivilrechtlich: RG. für Strafsachen Bd. 36,332. Leonhard, Beweislast S. 237.

[3]) Brückner: S. 153 i. V. m. S. 82.

[4]) So Cosack S. 354; O. L. G. 33,316/17.

brauchbestellungsvertrag ist der Berechtigte Gläubiger geworden, sodaß zu seinen Gunsten nun bei Bestellung des Nießbrauchs durch Besitzübermittlung, Abtretung des Herausgabeanspruchs oder Besitzbelassung gemäß § 1032 BGB. das gleiche wie bei der Übereignung gilt.

Auch beim Mietvertrag, der zwischen dem E.M. und einem Dritten K. geschlossen wird, läßt sich eine Anwendung von § 1362 I vorstellen. Wenn nämlich die E.Fr. auf Grund von § 986 I BGB. Herausgabe der von ihrem Manne an K. vermieteten und übergebenen Sachen an diesen oder an sich selbst fordert und sich zum Beweise ihres Eigentums gemäß § 1006 III auf ein zwischen dem E.M. und ihr bestehendes Mietsverhältnis beruft, dann kann K. sie unter Berufung auf § 1362 I als Gläubiger ihres Mannes zum vollen Nachweise ihres Eigentums zwingen.

Zusammenfassend ist also nun zu begründen, daß § 1362 I mit gewissen Einschränkungen anwendbar ist zu Gunsten jeder Person, die einen klagbaren Anspruch gegen den E.M. hat, gleich aus welchem Rechtsgrund, gleich ob er fällig ist, gleich auf welche Leistung er gerichtet ist, und die ihr Recht aus einer der bezeichneten Übertragungen herleitet.

III. Die vertretene Meinung im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes.

Von der h. M., wie sie im widergegebenen Urteil des RG. zum Ausdruck kommt, unterscheidet sich die hier vertretene in zweifacher Hinsicht. Letzterer zufolge ist es für die Anwendbarkeit von § 1362 I belanglos, ob der Anspruch des Gläubigers auf Geld geht oder nicht, und ob dieser sein dingliches Recht zwecks Befriedigung oder Sicherung oder ob er es durch den E.M. zwecks ordnungsmäßiger Erfüllung seiner Forderung erlangt hatte. Jene Voraussetzungen werden vom RG. in der Begründung des Urteils allerdings durchaus nicht ausdrücklich verlangt. Im Gegenteil ist diese so allgemein gehalten, daß man daraus mindestens ebensogut einen ausdrücklichen Verzicht auf die Voraussetzungen entnehmen kann. Trotzdem erscheint es notwendig, sich namentlich mit der ersten Voraussetzung, aus der sich die zweite bis zu einem gewissen Grade von selbst ergibt, zu beschäftigen. Die Schriftsteller[1]) und Urteile[2]) behandeln nämlich nur Fälle, in denen der als Gläubiger auftretende Dritte eine Geldforderung hat; außerdem kann eine später zu erörternde Beschränkung in der Anwendung von § 1362 I wohl auch nur auf diesen Umstand zurückgeführt werden.

Es ist zuzugestehen, daß diese Auffassung des Begriffes Gläubiger eine Stütze im gewöhnlichen bürgerlichen Sprachgebrauch findet, in dem hierunter fast ausschließlich diejenigen verstanden werden, die eine Geldforderung haben. Das ist aber wohl auch der einzige Grund den man für diese Auffassung anführen könnte. Der allein entscheidende Sprachgebrauch des Gesetzes faßt den

---

[1]) Wieruszowski S. 152. Frey S. 459. Zeile 17 von unten. Francke S. 86 Zeile 3 von oben. Ude S. 31, 5. Abs. von oben.

[2]) RG. Jur. W. 1915, 1008, ferner RG. 80, 62

Begriff Gläubiger viel weiter. Nach der grundlegenden Begriffsbestimmung des § 241 BGB. kann kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung fordern. Der Ausdruck Leistung ist dabei weder hier noch an einer anderen Stelle im Gesetz eingeschränkt; er ist im Gegenteil noch erweitert durch den Zusatz, daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Durch Rückschluß daraus ergibt sich, daß jeder der eine Leistung von einem anderen zu fordern hat, dessen Gläubiger ist. Diese allgemeine Bedeutung dieses Ausdrucks läßt sich vielfach im Gesetze nachweisen, und wird auch in der Literatur so verwendet[1]).

Um so auffälliger ist es, daß bei der Anwendung des § 1362 I der Ausdruck Gläubiger enger aufgefaßt wird. Aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang ergibt sich kein Grund dafür, insbesondere nicht aus dem näheren Zusammenhang mit dem anderen allgemeinen Vorschriften des gesetzlichen Güterrechts. Mit Gründen der Billigkeit zu Gunsten der E.Fr. zu arbeiten, wäre schon deshalb verfehlt, weil eine einschränkende Auslegung wegen der Vermutung zu ihren Gunsten im Absatz II auch gegen sie wirken könnte. Es bliebe also höchstens die Annahme, daß die fragliche Auslegung zum Gewohnheitsrecht geworden ist. Aber auch das ist abzulehnen, da für dessen Bildung die Auffassung wieder zu wenig ausdrücklich ausgesprochen und vertreten ist.

Da nur besondere Umstände eine abweichende Auslegung des Ausdrucks rechtfertigen könnten, hat hier daher die allgemein gültige Auslegung Platz zu greifen. Deshalb ist unter Gläubiger i. S. von § 1362 I auch der zu verstehen, der eine Sachleistung zu fordern hat.

Von diesem Standpunkt aus kann nun wieder die Gegenüberstellung „Rechtsnachfolger Gläubiger“ untersucht werden, und zwar diesmal i. S. der Auffassung des RG. Ihr zufolge geht die in der angegebenen Formel liegende Einschränkung der Anwendung von § 1362 I dahin, daß K. nicht zufällig Gläubiger sein dürfe, sondern das übertragene dingliche Recht mindestens einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit seiner Forderung gegen

[1]) z. B. Staudinger Vorbem. I 6 zu § 241, Oertmann, Vorbem. 1 zu § 241.

den E.M. d. h. mit seiner Stellung als Gläubiger haben müsse.[1]) In der Literatur wird allgemein das schon erwähnte Beispiel gebracht, daß der E.M. einem Dritten, der „zufällig" sein Gläubiger sei, eine Sache übereignet habe. Hier dürfe die Vermutung nicht angewandt werden.[2]) Als Übereignungsform wird immer nur der Fall der Anspruchsabtretung angeführt.

Dazu ist zunächst zu bemerken, daß für die Frage, ob die Übereignung nur an einen „zufälligen" Gläubiger erfolgte oder ob die Übereignung eine Beziehung zu dem zwischen dem Dritten und dem E.M. bestehenden Schuldverhältnis hat, nicht die gerade gewählte Form, sondern allein der Zweck der Übertragung entscheidend ist. Als Form würden, wie oben dargelegt, auch die Besitzübermittlung und -belassung verwandt werden können. Nur aus dem Zweck der Übereignung ist zu ersehen, ob sie mit der Forderung des Gläubigers an den E.M. im Zusammenhang steht.

Die auch vom RG. gebilligte Forderung nach dem Zusammenhang ist wohl berechtigt. Es wird jedoch von den Schriftstellern, die sie vertreten[3]), übersehen, daß es nur einen einzigen Fall gibt, in dem sie nicht erfüllt wäre, ein Fall, der noch dazu praktisch außerordentlich selten vorkommt. Gläubiger i. S. von § 1362 I ist, wie festgestellt, jeder, der eine Forderung an den E.M. hat, und in der Regel aller Fälle wird die Übertragung mit ihr irgend einen Zusammenhang besitzen, durch sie veranlaßt sein, sei es daß sie zur Sicherung, Schuldtilgung an Erfüllungsstatt oder wie gleich zu erörtern zur Erfüllung dient. Wieruszowski[4]) meint, ein E.M. dürfe sich die Vermutung nicht dadurch dienstbar machen, daß er ein im Besitze seiner Frau befindliches Los durch Abtretung des Herausgabeanspruchs einem Dritten übertrage, der „zufällig" sein Gläubiger sei. Wenn nun aber der E.M. aus dem offenbar gewinnenden Los in der angegebenen Weise einen Vorteil ziehen will, so kann er das nur, wenn er es an den Dritten verkauft

[1]) RG. 80, 65.

[2]) Frey S. 458, Ude S. 30, Salamonski S. 42, Wieruszowski S. 151, Opet-Blume § 1362 I, Neumann § 1362, Anm. II 1, Goldmann-Lilienthal S. 78 Anm. 5.

[3]) Frey S. 458, Planck 1362 Anm. 2, Neumann 1362 Anm. II 1. Ude S. 30, Salamonski S. 42. Wieruszowski 151. Opet-Blume Anm. 1, Goldmann-Lilienthal S. 78. Anm. 5.

[4]) a. a. O. S. 151.

und sich entsprechend bezahlen läßt. Hat er es aber verkauft, so ist der Dritte nicht mehr zufällig, sondern gerade bezüglich dieses Loses Gläubiger, und die Übereignung dient zur Erfüllung der Forderung des Gläubigers.

Nur bei einer einzigen Übertragung dürfte dieser Zusammenhang nicht gewahrt sein, bei der Übereignung zu Schenkungszwecken. Es sei angenommen, der E.M. habe sich von einem anderen wenige Reichsmark entliehen. Letzterer ist also Gläubiger, dem nun der E.M. ein größeres Objekt schenkt, also ohne jeden Verpflichtungsgrund eine Verfügung über Sachen trifft. Hier erscheint es wohl berechtigt, nicht zu gestatten, daß der Dritte sich unter dem Hinweis auf seine Darlehnsforderung gegen den E.M. auf die Vermutung berufen kann. Die schenkungshalber erfolgte Verfügung des E.M. kann nicht als wirksam vermutet werden.

Unbestritten gilt dies allerdings zunächst nur für die sogenannten Handschenkungen, bei denen keine irgendwie geartete Verpflichtung des Schenkers besteht. Ohne Bedenken ist das Gleiche wohl auch für die formlosen Schenkungsversprechen anzunehmen, obwohl sie durch die Leistung gemäß § 518 ² BGB. gültig geworden sind. Der Grund ist der, daß der Mangel der Form erst mit vollendeter Erfüllung geheilt ist und der Versprechensempfänger erst dann Gläubiger geworden sein könnte, während er, soll ihm die Vermutung zur Seite stehen, schon während der Dauer der Erfüllung, also schon einen Augenblick vorher Gläubiger geworden sein muß. Demgegenüber schlägt der etwaige Einwand nicht durch, die Heilung erfolge mit rückwirkender Kraft. Voraussetzung der Heilung ist eine wirksame, gültige Erfüllung; ob sie das aber ist, ob Eigentum gültig übertragen wurde, ist ja gerade streitig, und es ist nicht angängig, den Eigentumsübergang zu vermuten, auf Grund der Gläubigereigenschaft des dritten und die Gläubigereigenschaft dann ihrerseits wieder auf den vermuteten Eigentumsübergang zu stützen. In diesen beiden Fällen ist der Beschenkte also nicht Gläubiger.

Dagegen kann die Frage danach sehr streitig werden, wenn die vorgeschriebene Form der notariellen Beurkundung gewahrt ist. Hier ist der Versprechensempfänger forderungsberechtigt, kann klagen und kann das Urteil vollstrecken lassen. Trotzdem muß

ernstlich bezweifelt werden, daß er als Gläubiger i. S. von 1362 I BGB. anzusehen ist, vielmehr ist hier gegenüber dem oben Gesagten wohl eine Einschränkung des Begriffes Gläubiger wenigstens für diese Vorschrift zu machen.

Trotz seiner Klagemöglichkeit ist die Stellung des Berechtigten schon wegen der Befugnisse des Schenkers bei Notbedarf die Erfüllung nach § 519 BGB. zu verweigern, bei Armut das Geschenk nach § 528 BGB. zurückzufordern oder die Schenkung wegen Undanks nach § 530 BGB. zu widerrufen, äußerst unsicher. Dazu kommt, daß außer dem sogenannten Schuldner sogar Dritte sein Recht zerstören können und zwar im Konkurs durch Anfechtung gemäß K. O. § 32 Ziffer 1 und 2, außerhalb des Konkurses durch Anfechtung gemäß Einzelgläubigeranfechtungsgesetz § 3 Ziffer 3 und 4 und ferner durch Rückforderung des Pflichtteilsberechtigten gem. § 2329 BGB. Schließlich wird sogar der „Gläubiger" im Konkurs, der Zwangsvollstreckung im eigentlichsten Sinne des Wortes, überhaupt nicht berücksichtigt, sondern fällt mit seiner Forderung gemäß K. O. § 63 Ziffer 4 selbst dann vollständig aus, wenn nach Befriedigung der übrigen Gläubiger noch Mittel zur Verteilung vorhanden sein sollten. Mit Rücksicht auf alle diese Umstände, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß die Unsicherheit der Stellung des Versprechensempfängers nicht kurz vorübergehend ist, sondern sehr lange, bei der Rückforderung wegen Armut sogar 10 Jahre währt und ferner mit Rücksicht auf den freiwilligen Charakter der Schenkung ist anzunehmen, daß der Versprechensempfänger trotz der Möglichkeit das Versprechen einzuklagen, und trotz der Möglichkeit einer beschränkten Zwangsvollstreckung kein Gläubiger im Sinne des § 1362 I BGB. ist.

Zu den Einschränkungen der Rechte eines Schenkungsgläubigers gegenüber denen eines Vollgläubigers tritt also noch die hinzu, daß die Vermutung zu seinen Gunsten nicht Platz greift.

Da das Rückforderungsrecht des Schenkers nach den §§ 528,530 BGB. und die Anfechtungsrechte Dritter durch ein etwa zu Gunsten des Beschenkten ergangenes Urteil nicht berührt werden, hat das auch in der Zwangsvollstreckung zu gelten, ein Fall, in dem die Vermutung nach der h. M. anscheinend Platz greifen soll.

Zusammenfassend kann also wohl gesagt werden, daß der Berechtigte auch durch ein gültiges Schenkungsversprechen noch nicht Gläubiger im Sinne von § 1362 I BGB. geworden ist. Sollte er trotzdem Gläubiger sein, so kann eine Verfügung zur Erfüllung der freigebig übernommenen Verbindlichkeit nicht den notwendigen Zusammenhang mit dieser seiner Eigenschaft haben, mithin wie auch alle anderen Verfügungen schenkungsweise nicht auf Grund von § 1362 I als wirksam vermutet werden.

Dies sind aber auch die einzig denkbaren und ersichtlichen selten vorkommenden Möglichkeiten, in denen ein Dritter die Vermutung nicht in seiner Eigenschaft als Gläubiger in Anspruch nimmt. Zwischen einer solchen Übereignung, der als Form allerdings auch beispielsweise die Abtretung des Herausgabeanspruchs gedient haben kann und der Darlehnsschuld besteht schlechterdings keinerlei Zusammenhang. Ist aber hier die Vermutung nicht anwendbar, so hätte in diesem Falle der E.M. sie sich auch nicht dienstbar machen können, da er aus einer Schenkung keinen wirtschaftlichen Nutzen ziehen kann. Bei allen wirtschaftlichen Geschäften wird der Übertragung der Sache nicht irgend eine beliebige, sondern eine ganz bestimmte Verpflichtung vorausgegangen sein. Die Übertragung wird zu einem mit ihr zusammenhängenden Zwecke erfolgt sein.

Als Übertragungszwecke, bei deren Vorliegen § 1362 I BGB. anwendbar ist, sind bisher gebilligt die Befriedigung bei der vom Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung vorgenommenen Pfändung, die Sicherung einer Forderung und die Schuldtilgung[1]). Dabei ist jedoch unter Schuldtilgung nur die Leistung an Erfüllungsstatt verstanden, während die zwecks ordnungsmäßiger Erfüllung selbst offenbar ausgeschlossen sein soll. Die Frage besteht daher nur darin, ob auch eine Übertragung zwecks Erfüllung den Schutz der Vermutung beanspruchen kann. Schon daraus, daß die anderen Schuldtilgungen als Übertragungszweck gebilligt wurden, ist zu schließen, daß auch die Erfüllung selbst nicht anders zu behandeln ist. Es läßt sich kein annehmbarer Grund finden, in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen

[1]) Planck § 1362 Anm. I 1. Neumann § 1362 Anm. II 1. Goldmann-Lilienthal S. 78 Anm. 4.

den genannten Schuldtilgungsarten zu machen. Daß die Erfüllung selbst bisher in der Literatur nicht erwähnt wurde, ist wohl nur darauf zurückzuführen, daß man den Ausdruck Gläubiger mit der angegebenen ungerechtfertigten Einschränkung auslegte und daher nicht darauf kam, daß auch für Erfüllungszwecke, also praktisch für fast alle Übereignungen die Vermutung in Frage kommt. Gerade so sehr wie bei Handlungen zwecks Befriedigung oder Sicherungen erweist sich die Gläubigerstellung bei den Erfüllungsgeschäften; auch hier und gerade hier betätigt er sich als Gläubiger. Auch sie sind daher ebenso wie alle anderen gemäß § 1362 I BGB. als wirksam zu vermuten.

Mit mehr Recht läßt sich ein anderer Einwand aus dem Wortlaut des Gesetzes gegen die vertretene Meinung entnehmen. Es fragt sich nämlich, zu welchem Zeitpunkt die oben aufgezählten Voraussetzungen vorliegen müssen, zu welchem Zeitpunkt beispielsweise der Dritte die Forderung noch haben muß. Es kommen nur 2 Momente in Frage.

Wie schon dargelegt, ist für die Anwendung der Vermutung Voraussetzung, daß der Dritte, der Gläubiger, irgend ein dingliches Recht oder den Besitz der umstrittenen Sache erlangt hat. Bei der Sicherungsübereignung wie bei der Übereignung zwecks Erfüllung geschieht das durch die Verfügung des E.M., bei dem Pfandrecht in der Zwangsvollstreckung durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers, bei der Erlangung eines gesetzlichen Pfandrechts, etwa des Vermieters, einfach durch die Einbringung der Sache in die Mietwohnung, bei der Erlangung des Besitzes durch die Übergabe. Genügt es nun, wenn der Dritte zu dem Zeitpunkt in dem er das dingliche Recht durch einen der geschilderten Vorgänge erlangt hat, Gläubiger gewesen ist, oder muß diese Voraussetzung noch erfüllt sein in dem Zeitpunkt, in dem der Richter die Vermutung anwendet, d. h. am Tage der letzten mündlichen Verhandlung.

Auch hier scheint die vertretene Ansicht von der des RG. abzuweichen. Bei der Übereignung zwecks Sicherung oder Befriedigung bleibt das Schuldverhältnis bestehen, der Dritte bleibt Gläubiger trotz Pfändung solange bis er ganz durch den Erlös befriedigt ist, er bleibt Gläubiger auch nach der Sicherungsüber-

eignung. Dagegen erlischt das Schuldverhältnis bei einer Übertragung zwecks Erfüllung selbst sofort mit der Beendigung der Übertragungshandlung. K. ist also nicht mehr Gläubiger und kommt es zum Prozeß, so kann er sich — um es wieder auf die alte Formel zu bringen — anscheinend nicht mehr als Gläubiger, sondern nur noch als Rechtsnachfolger auf die Vermutung berufen.

Folgerichtig müssen mit der einen Voraussetzung nun aber auch alle anderen z. B. Besitz eines der Ehegatten als gegenwärtig vorliegend gefordert werden. Aus diesen gegenwärtigen Tatsachen würde dann auch nur auf gegenwärtiges Eigentum des E.M. durch die Vermutung geschlossen werden können. Auch diese Voraussetzung wird nach der vertretenen Meinung vielfach nicht vorliegen, da die Behauptung des Klägers ja häufig dahin geht, daß gerade er gegenwärtig Eigentümer sei, und daß dem E.M. die Sache nur früher gehört habe.

Dieser Einwand findet auch im Gegensatz zu allen vorher behandelten Einwänden eine Stütze im Wortlaut des Gesetzes. Aus seiner Fassung, der Präsensform „gehören" könnte entnommen werden, daß nur gegenwärtiges Eigentum des E.M. zu vermuten sei, wie das bei der Anwendung von § 1362 I in der Zwangsvollstreckung auch meistens der Fall ist. Dazu kommt der Umstand, daß in der Vermutung des § 1006 BGB. zu Gunsten des Besitzers einer Sache für früheres Eigentum ausdrücklich die besondere Vermutung des Abs. 2 ausgesprochen ist. Aus ihrem Fehlen in § 1362 I könnte also der Schluß gezogen werden, daß hier nur gegenwärtiges Eigentum d. h. solches am Tage der letzten mündlichen Verhandlung zu vermuten ist. Daraus wäre dann wieder zu folgern, daß auch die Voraussetzungen der Vermutung „gegenwärtig" erfüllt sein müssen. In der Tat hat auch das RG. in einer jüngeren Entscheidung[1]) durch eine beiläufige Bemerkung seine Ansicht dahin ausgesprochen, daß die Vermutung an die gegenwärtigen Besitzverhältnisse anknüpfe und kaum ohne Zwang auf einen Fall erstreckt werden könne, wo es sich um die Frage handele, ob die Ehefrau oder der Ehemann

[1]) J. W. 1915 1008 am Ende.

[2]) Ebenso Planck 1362, Anm. IV, ferner Goldmann S. 78 Anm. 3.

an einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit Eigentum besessen haben.

Es ist unschwer nachzuweisen, daß diese Ansicht mit der vom gleichen VII. Senat gefällten älteren Entscheidung[1]) in schroffem Widerspruch steht.

Erstens konnte in dem betreffenden Prozeß nicht gegenwärtiges, sondern nur früheres Eigentum des E.M. vermutet werden, da „gegenwärtig" ja gerade der Gläubiger Eigentümer zu sein behauptete. Der Einwand, sein Sicherungseigentum sei nur eine Abart des Pfandrechts, bei dem dem Schuldner doch noch das Eigentum erhalten bleibe, ist nicht stichhaltig. Der Gläubiger ist zwar obligatorisch zur Rückübertragung seines Rechtes gegen Zahlung verpflichtet. Dinglich ist jedoch sein Recht fast gerade so „vollkommen und unbeschränkt"[2]) wie jedes andere Eigentum. Das zeigt sich namentlich bei der Verwertung der übereigneten Sache, bei der der Gläubiger, falls nicht besondere Vereinbarungen getroffen sind, nicht an die Vorschriften über den Pfandverkauf gebunden ist[3]). Im Konkurse hat er nach der einen Meinung ein Aussonderungsrecht[4]) oder aber nach der andern wenigstens ein Absonderungsrecht, das ihm auf Verlangen selbst die Verwertung der betreffenden Sachen gestattet[5]). Sein Vertragsgegner erwirbt seinerseits Eigentum ohne guten Glauben, auch wenn er die Abmachungen mit dem Schuldner gekannt hat[6]). Wenn man aber trotzdem das Sicherungseigentum dinglich nicht für voll ansieht, so denke man sich den entschiedenen Fall dahin abgeändert, daß der Gläubiger dem E.M. die Zahlung der Schuldsumme erlassen und dieser dafür auf seine Forderung auf Rückübertragung des Eigentums verzichtet habe. Soll, nachdem vorher die Verfügung des E.M. als wirksam vermutet wurde, auf die gleiche Verfügung, deren Charakter ja durch den nachträglichen Verzicht auf die gegen-

---

[1]) R.G. 80, 62.

[2]) Leonhard S. 38, 4 C. ebenso Staub § 368, Anm. 98a, R.G. 91, 279, Wolff § 163 I. 1.

[3]) Staub § 368, Anm. 98.

[4]) Enneccerus I 1 § 132, I 12. R.G. J.W. 1906, 104.

[5]) Staub a. a. O.

[6]) Wolff § 163 I 1.

[7]) Siehe Anm. 2 auf S. 32.

seitigen obligatorischen Ansprüche nicht berührt ist, die Vermutung nicht anwendbar sein? Das ist wohl kaum anzunehmen.

Zweitens konnte in dem betreffenden vom RG. entschiedenen Falle auch nicht an die gegenwärtigen Besitzverhältnisse angeknüpft werden. Denn Besitzer war keiner der Eheleute mehr, sondern die Rechtsnachfolger der Frau, die das Hotel, in dem sich die Möbel befanden, gekauft hatten[1]).

Daher ist es hier nebensächlich, daß eine andere Voraussetzung nämlich die, daß der Kläger Gläubiger war, auch noch „gegenwärtig" am Tage der letzten mündlichen Verhandlung vorlag. Denn mangels abweichender Regelung müssen alle Voraussetzungen gleichzeitig vorliegen, um die vom Gesetz vorgesehene rechtliche Wirkung auch für den gleichen Zeitpunkt zu äußern. Es wäre beispielsweise nicht angängig für einen Gläubiger aus früherem Besitz auf jetziges Eigentum des E.M. zu schließen. Wäre das nicht so gewesen, hätte damals beispielsweise etwa kein Schuldverhältnis bestanden sondern wäre dies erst später entstanden, so hätte auch nicht angenommen werden können, daß es die eigenen Sachen waren, die der E.M. übereignete, daß also seine Verfügung wirksam war. Das wird klar, wenn man sich den Prozeß direkt nach der Übereignung vor der Entstehung des Schuldverhältnisses geführt denkt. Nur damals nicht mehr am Tage der letzten mündlichen Verhandlung waren alle Voraussetzungen wie Besitz, Forderung des Klägers an den Ehemann, gültige Ehe gleichzeitig erfüllt. Daher kann auch bei der Sicherungsübereignung der Zeitpunkt, auf den die Vermutung zu beziehen ist, nur der der Verfügung gewesen sein.

Auch ein weiteres Erfordernis, das Bestehen einer gültigen Ehe, braucht „gegenwärtig" nicht mehr gegeben zu sein[2]).

Es ist also unbestreitbar, daß der Einwand, der nicht ohne einen gewissen Anschein der Berechtigung gemacht werden kann, der Entscheidung des Reichsgerichts widerspricht. Da diese aber von der h. M. einhellig gebilligt ist,[3]) so kann sich die vertretene Ansicht gegen diesen Einwand auf sie berufen.

[1]) RG. 80, 62.
[2]) Staudinger § 1362, Anm. 10, RG. in Warneyer, Rechtsp. Erg. Bd. 23, 24 Nr. 128; O.L.G. 42, 141, Wieruszowski S. 156.
[3]) Literatur S. oben S. 12.

Außer dem R. G widersprechen sich auch noch diejenigen Schriftsteller[1]), die die Voraussetzungen als gegenwärtig erfüllt fordern, dabei aber die Vermutung auch auf Übereignungen an Erfüllungsstatt anwenden wollen; auch bei diesen kann nämlich im Laufe des Prozesses nicht mehr auf gegenwärtiges sondern nur auf ehemaliges Eigentum geschlossen werden.

Aber nicht nur bei Rechtsgeschäften sondern auch in der Zwangsvollstreckung, in der § 1362 I unbestritten immer anwendbar ist, sind nach einer viel vertretenen Ansicht Fälle denkbar, denen gegenüber der in Frage stehende Einwand ebenfalls zu erheben ist, in denen also nicht von den „gegenwärtigen" Besitzverhältnissen ausgegangen werden kann. Hat nämlich der Gerichtsvollzieher nach § 808 ZPO. die gepfändeten Sachen selbst in unmittelbaren Besitz genommen und dem Schuldner den Gewahrsam an ihnen entzogen, so wird überwiegend angenommen,[2]) daß der Schuldner jeglichen Besitz an ihnen verloren hat, sodaß also im nachfolgenden Streit am Tage der letzten mündlichen Verhandlung der E. M. keinen Besitz hat.

Aus diesen Gründen ist wohl anzunehmen, daß aus der abweichenden Fassung von § 1006 BGB. nicht durch Gegenargument zu schließen ist, daß § 1362 I nicht auf vergangene Verhältnisse anwendbar ist, sondern daß im Gegenteil § 1362 I analog auszulegen ist. In der Tat liegen ja auch nicht gegensätzliche, sondern sehr ähnliche Verhältnisse den beiden Vorschriften zu Grunde. Daß das eine Mal die Vermutung zu Gunsten des Besitzers, das andere Mal zu Gunsten seines Gläubigers geht, rechtfertigt eine entgegengesetzte Behandlung nicht. Der einzige wesentliche Unterschied besteht darin, daß in § 1362 I auch aus dem Alleinbesitz der Ehefrau auf das Eigentum eines anderen des E. M. geschlossen wird. Aber gerade unter Ehegatten ist der Besitz kein Offenheitskriterium für das Eigentum wie in allen anderen Fällen. Diese Verschiedenheit

---

[1]) Planck § 1362 Anm. IV, Goldmann Lilienthal S. 78 Anm. III.

[2]) Staudinger § 868 Anm. III 2g, Planck § 868 Anm. 2b, R.G.R. Kom. § 868 Anm. 3, Bartels Ausführung zur Besitzlehre des B. G. B. in Gruchot's Beiträge Bd. 42 S. 672, O. L. G. Dresden Sächs. Archiv 1908, 113. Anderer Ansicht: Soergel § 868 Anm. 2a, Seuffert Kom. zur Z.P.O. § 808 Anm. 3f. Das R. G. hat noch nicht Stellung genommen.

der zu Grunde liegenden Besitzverhältnisse ist nicht so groß, daß sie einem Analogieschluß entgegenstände. Im Übrigen sind die Verhältnisse die gleichen. Beide Vermutungen sind relativ beschränkt und in beiden wird vom Besitz auf das Eigentum geschlossen.

Dazu kommt noch, daß alle anderen Eigentumsvermutungen die in §§ 891, 1527 ausdrücklich ausgesprochenen, wie die sich aus § 1438 BGB. ergebende, sich auch auf vergangene Verhältnisse beziehen. Es ist daher unwahrscheinlich, daß die Wirkung unserer Eigentumsvermutung sich als einzige auf die Gegenwart beschränken soll. Deshalb ist anzunehmen, daß auf Grund von § 1362 I aus früherem Besitz auch auf früheres Eigentum geschlossen werden kann.

Stimmt man dieser Auffassung jedoch nicht zu, so bedeutet das praktisch wohl, daß man folgerichtig der von der h. M. mit stichhaltigen Gründen abgelehnten Auffassung des O. L. G. Frankfurt[1]) zustimmen muß. Sie geht wie ausgeführt dahin, daß im wesentlichen § 1362 I nur nach der Zwangsvollstreckung anwendbar ist. Gläubiger, die rechtsgeschäftlich ihr Recht erworben haben, würden § 1362 I nicht für sich in Anspruch nehmen können, da bei Verpfändungen diese Vorschrift, wie ausgeführt, überhaupt nicht in Frage kommt und bei allen Arten der Übereignung, sei es zwecks Sicherung, Schuldtilgung oder Erfüllung nicht mehr auf gegenwärtiges Eigentum des E. M. geschlossen werden kann.

[1]) wiedergegeben im R. G. 80, 62.

IV. Die vertretene Meinung im Hinblick auf die Systematik des Gesetzes.

Wie oben dargelegt, bedeutete die der h. M. entsprechende Auffassung des Reichsgerichts, nach der die Vermutung auch bei rechtsgeschäftlichem Erwerb anwendbar ist, daß die betreffende Verfügung des E.M. als wirksam vermutet wird. Dabei war aber die doppelte Einschränkung gemacht, daß es sich um Verfügung zwecks Sicherung oder Befriedigung von Forderungen und zwar von solchen auf Geld handeln mußte. Es ist dargelegt, daß diese beiden Einschränkungen auf einer unrichtigen Auslegung des Wortes Gläubiger beruhen. Sie können daher fallen gelassen werden. Mit anderen Worten heißt das, daß alle Verfügungen eines verpflichteten E.M. als wirksam zu vermuten sind.

Betrachtet man jetzt unter dem gleichen Gesichtspunkt die anderen Eigentumsvermutungen des ehelichen Güterrechts, so kann für sie dasselbe behauptet werden. Gemäß § 1527 und nach allgemeinen Beweislastregeln gemäß § 1438 I und § 1549 BGB. ist bei allen Gütergemeinschaften zu vermuten, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei. Da über alle Sachen, die zum Gesamtgut gehören, der E.M. verfügungsberechtigt ist, so geht auch hier die Vermutung wieder dahin, daß er über alle vorhandenen Sachen verfügungsberechtigt ist.

Dies gilt also für sämtliche gesetzlich geregelten Vertragsmäßigen Güterstände, für den gesetzlichen ordentlichen und außerordentlichen Güterstand und wegen des allgemeinen Charakters von § 1362 I auch für die gesetzlich nicht geregelten vertragsmäßigen Güterstände, soweit sie zulässig sind. Es gilt also für das gesamte eheliche Güterrecht.

Werden nun aber in allen Güterständen alle oder mit wenigen bestimmten Ausnahmen fast alle Verfügungen des E.M. bis zum Beweis des Gegenteils als wirksam vermutet, so ist daraus der allgemeine Schluß zu ziehen, daß dem E.M. bis zum Nachweis des Gegenteils eine allgemeine Verfügungsberechtigung über alle Sachen im Besitz der Eheleute zusteht. Im Zusammenhang mit den anderen ehegüterrechtlichen Vermutungen gilt nach § 1362 I also nicht die einzelne Verfügung des E.M. als wirksam, sondern der E.M. gilt überhaupt allgemein mit dem gleich zu besprechenden Einschränkungen als verfügungsberechtigt.

Bestätigt und ergänzt wird diese Auffassung dadurch, daß zu dieser allgemein vermuteten Verfügungsberechtigung des E.M. das entsprechende Gegenstück in einer Verfügungsbeschränkung der E.Fr.[1]) bei allen Güterständen mit Ausnahme des der Gütertrennung besteht. Dies geht soweit, daß entgegen den Vermutungen zu Gunsten der Verfügungsberechtigung des Mannes selbst bei gutem Glauben des Dritten, die ausnahmsweise Gültigkeit einer Verfügung der E.Fr. durch § 1404 BGB. bei der Verwaltungsgemeinschaft und in analoger Anwendung dieser Vorschrift auch bei den Gütergemeinschaften[2]) ausgeschlossen ist.

Die Richtigkeit dieser Anschauung wird weiter bestätigt durch die weitgehende, sich ganz zwanglos ergebende Übereinstimmung der Einschränkungen, die dieser Satz erleidet, einerseits soweit er sich auf die Güterstände der Gütergemeinschaften, andererseits soweit er sich auf die beiden gesetzlichen Güterstände bezieht. Die Einschränkungen bezüglich der vertragsmäßigen Güterstände ergeben sich aus den §§ 1444 — 1446 BGB. Nach ihnen kann der E.M. nicht selbstständig eine Verpflichtung über das Gesamtgut im Ganzen eingehen und erfüllen, und er darf nicht allein verfügen über Grundstücke und zu Schenkungszwecken. Annährend das Gleiche ergibt sich auch aus § 1362 I BGB. für die gesetzlichen Güterstände. Infolge der Beschränkung

[1]) Noch weitergehend: Leonhard S. 160 D. 4 der Geschäftsbeschränkung annimmt.

[2]) Heinzheimer: Recht 1901, S. 609, Mantey: Recht 1902, S. 39, Neumann § 1442, Anm. 2, Goldmann-Lilienthal S. 166, Anm. 25, Planck § 1443 Anm. 7, a. Mein., Staudinger § 1443 Anm. 6 b. Opet § 1443, Anm. 3.

auf bewegliche Sachen kann eine Verfügung über Grundstücke nicht als wirksam angesehen werden. Ebenso können wegen der Voraussetzung, daß der Vertragsgegner des E.M. dessen Gläubiger sein, daß also ein Schuldverhältnis zu Grunde liegen muß, Verfügungen schenkungshalber nicht gelten. Hierbei sind unter letzteren nicht nur Handschenkungen, sondern, wie oben auseinandergesetzt, auch Verfügungen zur Erfüllung eines gültigen notariellen Schenkungsversprechens begriffen. Hierbei ergibt sich auch die tiefere Berechtigung, den Begriff des Gläubigers i. S. von § 1362 I BGB. in der oben geschehenen Weise bezüglich des Schenkungsversprechens enger zu fassen.

Der einzige größere Unterschied hinsichtlich der Einschränkungen besteht darin, daß der E.M. nach § 1362 I BGB. im Gegensatz zu § 1444 BGB. Verpflichtungen über das Ehegut im Ganzen durch die entsprechenden Verfügungen grundsätzlich erfüllen kann. Dieser Unterschied ergibt sich jedoch von selbst aus dem Unterschied der Güterstände, da sich die Verpflichtung des E.M. selbstverständlich auf den ihm gehörigen Teil des Eheguts bezieht. Insofern berührt sie also die Ehefrau im Gegensatz zu einer Verpflichtung über das ihr ja auch mitgehörige Gesamtgut im ganzen bei der Gütergemeinschaft auch gar nicht und ist daher unbedenklich. Bezüglich der auf Grund von § 1362 vermuteten Verfügungsmacht des E.M. bei der Erfüllung seiner Verpflichtung wird der Unterschied dadurch sehr erheblich verringert, daß sie sich eben wieder nur auf bestimmte Vermögensstücke bezieht und für eine Reihe anderer Vermögensteile nicht gilt, nämlich nicht für Grundstücke, nicht für Rechte insbesondere Forderungen und nicht für die unter den Absatz 2 des § 1362 BGB. fallenden Sachen. Daher beschränkt sich die Wirksamkeit der Verpflichtung praktisch auf die Stücke, der Ehemann ohnehin übereignen kann.

Man kann also zusammenfassend allgemein sagen: Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß der E.M. alleinverfügungsberechtigt ist über alle den Eheleuten gehörigen Sachen mit Ausnahme der nicht beweglichen, nicht im Besitz eines der Ehegatten befindlichen und der zu Schenkungszwecken übertragenen. So weittragend dieser Satz erscheint, enthält er

doch nur einen allgemeinen Gesichtspunkt, unter dem die Vorschriften des ehelichen Güterrechts anzusehen sind, ohne irgend eine Änderung der materiell-rechtlichen Verhältnisse zur Folge zu haben.

Betrachtet man unter ihm das eheliche Güterrecht, soweit es das Außenverhältnis der Ehegatten zu Dritten regelt, so erkennt man auf der einen Seite eine Fülle von Formen bezüglich der Rechte des Ehemannes am Vermögen. Beginnend mit der vollständigen Gütertrennung über die Gütertrennung, in der die Ehefrau dem Ehemann nach § 1430 BGB. die Verwaltung ganz oder teilweise überläßt, über die Verwaltungsgemeinschaft und die verschiedenen Grade der Gütergemeinschaften bis zur allgemeinen Gütergemeinschaft, in der die Ehefrau weder Vorbehalts- noch Sondergut besitzt, steht den Eheleuten eine ganze Skala von Möglichkeiten zu Gebote, dem Ehemann größere oder geringere Verfügungsbefugnisse zu verleihen. Auf der anderen Seite ist nun diese ganze Verschiedenartigkeit zusammengefaßt und -gehalten durch den Umstand, daß bis zum Nachweise der wirklichen materiellen Rechtslage der E.M. als der Alleinverfügungsberechtigte über alle oben aufgeführten Sachen erscheint. Die Notwendigkeit einer solchen Vermutung ist weiter unten zu erörtern. So betrachtet stellt sich § 1362 I nach der vertr. Auffassung als Ergänzung der anderen ehegüterrechtlichen Eigentumsvermutungen und als im Interesse der Verkehrssicherheit geschaffenes Gegengewicht gegen die Verschiedenartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse dar.

Es könnte einwendungsweise gefragt werden, wie es komme, daß bei angeblich so übereinstimmendem Inhalt der verschiedenen Vermutungen im Ehegüterrecht so voneinander abweichende Fassungen gewählt wurden, weshalb namentlich die Vermutung der Gütergemeinschaft allgemein, die des § 1362 I nur zu Gunsten der Gläubiger des E.M. gelten. Dieser Umstand erklärt sich zwanglos durch die Rücksicht auf die Ehefrau. Wenn bei den Gütergemeinschaften die Vermutung absolut, also auch im Verhältnis der Ehegatten zu einander gilt, dann wird zwar die Ehefrau in ihrer Verfügungsberechtigung für die Dauer der Ehe beschränkt. Im übrigen ist sie aber materiell nicht benachteiligt, da die Vermutung wegen ihrer prozentualen Beteiligung am

Gesamtgut in einem entsprechenden Verhältnis auch zu ihren Gunsten wirkt. Bei der Verwaltungsgemeinschaft und Gütertrennung, bei denen für die Zweckerreichung die Vermutung auf das Alleineigentum des E.M. lauten mußte, war die Benachteiligung der Ehefrau bei einer etwaigen Auseinandersetzung nur dadurch zu vermeiden, daß man sie nur zu Gunsten der Gläubiger wirken ließ. Die diesbezügliche Änderung durch den Reichstag ist daher gerechtfertigt.

Die Frage, wie es sich erkläre, daß scheinbar umständlich durch verschiedene Vorschriften nur ein Gedanke ausgedrückt sei, beantwortet sich einfach dadurch, daß diese Vorschriften noch weitere Funktionen z. B. in der Zwangsvollstreckung und bei Erbauseinandersetzungen erfüllen, die über den Rahmen des aufgestellten Satzes hinausgehen. Hierdurch erklären sich auch die weiteren kleineren Unterschiede der Fassungen.

V. Die vertretene Meinung im Hinblick auf ihre Ergebnisse.

Alle angeführten Gründe würden wohl auch mit Recht nicht allein überzeugen können, wenn die vertretene Ansicht zu unangemessenen Ergebnissen führen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Eine Änderung der Rechtslage tritt bei den beteiligten Personen nur für den Gläubiger des E. M. und zwar zu dessen Gunsten ein. Das geschieht auf Kosten anderer Gläubiger des E. M., nicht jedoch auf Kosten der Ehefrau. Die gegenteilige Befürchtung ist ein Hauptgrund dafür, daß die hier vertretene Meinung sich nicht schon früher durchgesetzt hat. Das Bedenken, die Ehefrau könne benachteiligt werden, liegt in der Tat auch nahe, angesichts der scheinbar außerordentlich erweiterten Möglichkeit für den E. M. über Sachen seiner Frau zu verfügen. Es ist auch im Schrifttum geäußert worden[1]) und hat zu jener unklaren Gegenüberstellung Gläubiger-Rechtsnachfolger geführt. Trotzdem ist es nicht im geringsten berechtigt. Um das nachzuweisen, ist zunächst zu erörtern, wie sie sich denn die Lage der Ehefrau nach der h. M. gestaltet.

In dem eingangs geschilderten Fall sei angenommen, K habe sich auf Grund der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung einen vollstreckbaren Titel erstritten. Da ihm nun als Kunstsammler weniger am Geld als an der Vase liege, lasse er gerade sie pfänden mit dem Gedanken, sie sich entweder ohne Versteigerung gemäß § 825 ZPO. zuschlagen zu lassen[2]), oder sie in der Zwangsversteigerung zu erwerben. Hat die Ehefrau die Vase in Gewahrsam, so läßt K. den Herausgabeanspruch des

---

[1]) Wieroszowski S. 151, Salamonski S. 42, Ude S. 30, Frey S. 458.

[2]) Stein § 825 Anm. II. 3.

E. M. pfänden; hat der E. M. Alleingewahrsam, so kann die Vase selbst gepfändet werden. Klagt nun K. den gepfändeten Herausgabeanspruch ein oder erhebt die Ehefrau die Widerspruchsklage, so hat in beiden Fällen unbestritten die Ehefrau den Nachweis ihres Eigentums zu führen.

Mag auch der Ehemann leichtsinnig in einer der Ehefrau nachteiligen Weise gehandelt haben, der Beweis bleibt ihr nicht erspart, einfach infolge der obligatorischen Verpflichtung des E. M. und des darauf ergangenen Urteils, wobei also die gleichfalls erfolgte dingliche Verfügung ganz außer Betracht bleiben kann. Die Ehefrau wird ihren Beweis selbst dann erbringen müssen, wenn der Ehemann, um sich zu bereichern, absichtlich zu ihrem Nachteil handelte. Dann stehen ihm nach der h. M. sogar noch mehr Wege zur Verfügung. In dem schon besprochenen von Wieruszowski gebrachten Losfall kann er z. B. seinem Vertragsgegner dadurch schnell einen vollstreckbaren Titel in die Hand geben, daß er sich in einem Versäumnis- oder Anerkenntnisverfahren verurteilen läßt, oder gegen einen Vollstreckungsbefehl keinen Einspruch erhebt. Ja er braucht nicht einmal das Gericht zu bemühen, wenn er sich in einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Ziff. 5 ZPO. der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. In allen Fällen kommt also K. schon auf Grund seines obligatorischen Anspruchs zum Ziel, ohne sich auf sein dingliches Recht berufen zu müssen. Die Ehefrau ist jedesmal zum Eigentumsnachweis gezwungen und zwar nach der h. M. anscheinend sogar dann, wenn der Titel auf Grund eines notariellen Schenkungsversprechens erlangt wurde. Der E. M. kann sich also die Vermutung zunutze machen, ohne sich des von der h. M. verworfenen Weges der Abtretung des Herausgabeanspruches bedienen zu müssen. Trotzdem er also materiell seine Frau nicht verpflichten kann, so kann diese doch praktisch durch die Geschäfte ihres Mannes in Mitleidenschaft gezogen werden. Auch von fast allen Schriftstellern ist erkannt worden, daß die Ehefrau, obgleich sie bei den gesetzlichen Güterständen nicht für die Mannesschulden haftet, doch „dessen Gläubigern ihre gesamte Fahrnis bis zum gelungenen Nachweise ihres Eigentums preisgeben muß,“[1]) „daß die Frau praktisch doch für die Schulden

[1]) Endemann S. 301 Ziff. 4.

ihres Mannes einstehen muß, wenn sie ihr Recht nicht beweisen kann,"[1]) „daß die Gütertrennung dadurch leicht ilusorisch wird"[2]) und „die Bestimmungen über die Haftung für Schulden durch die Vermutung wesentlich modifiziert werden"[3]) u. [4]).

Diese Benachteiligung der Ehefrau tritt nicht nur dann ein, wenn der Ehemann sich selbst verpflichtet hatte, sondern gemäß § 179 BGB. auch dann, wenn er als Vertreter eines anderen, z. B. seiner Ehefrau aufgetreten ist, seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann und die Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert. Hatte der Dritte ohne Fahrlässigkeit an die Vollmacht des E. M. geglaubt, so hat er gegen E. M. eine klagbare Forderung. Auf Grund eines erlangten Titels kann er sich daher bei der Vollstreckung in der gleichen Weise auf die Vermutung berufen, wie in den vorher geschilderten Fällen. Die Ehefrau ist natürlich nicht verpflichtet, wenn der Mann ohne Vollmacht in ihrem Namen eine ihr gehörige Sache verkauft hat. Trotzdem kann aber der Dritte in der Vollstreckung gerade jene Vase oder den diesbezüglichen Herausgabeanspruch pfänden lassen und die Frau hat dann auch nach der unbestritten herrschenden Meinung ihr Eigentum nachzuweisen. Kann sie es nicht, so läuft es praktisch darauf hinaus, daß der Mann ihre Sachen auch ohne ihre Vollmacht veräußern kann. Durch jede Verpflichtung des E. M. kann also die Frau in die Lage kommen, ihr Eigentum nachweisen zu müssen.

Ist die Lage nachteiliger für die Ehefrau, wenn der Verpflichtung eine Verfügung des E. M. gefolgt ist und der Dritte nach der vertretenen Meinung nun auf Grund der letzteren sofort auf Herausgabe klagt, anstatt auf dem Umweg über das obligatorische Geschäft zunächst auf Lieferung? Nicht im geringsten, denn es liegt ja nicht ein anderer oder ein geringerer Klaggrund, sondern ein umfangreicherer vor, nämlich Verpflichtung plus Verfügung. Fehlt erstere, dann ist der Dritte nicht Gläubiger und 1362 I, daher nicht anwendbar. Liegt

---

[1]) Planck 1362 Anm. 3.
[2]) Dernburg § 36 Anm. 6.
[3]) Neustadt S. 521.
[4]) Ähnlich Wieroszowski S. 157 und S. 158. Fischer-Henle 9. Aufl. § 1362 Anm. 5. A. B. Schmidt § 1362 Anm. 3a. Salamonski S. 43.

sie aber vor, so muß die Ehefrau, wie gezeigt, in jedem Falle doch beweisen. Der einzige Unterschied besteht darin, daß ihr dies nach der vertretenen Meinung in der Regel zeitlich eher obliegt als in dem Fall, in dem der Dritte sich erst einen Titel gegen den E. M. verschaffen muß. Das ist jedoch für sie zum mindesten nicht nachteilig. Denn einen Beweis den sie jetzt nicht führen kann, wird ihr auch einige Wochen oder Monate später mißlingen. Umgekehrt ist es aber denkbar, daß ein Beweis wegen des Todes von Zeugen oder Verlust von Urkunden später mißlingen wird, den sie früher hätte erbringen können. Auch der Umstand ist für sie vorteilhaft, daß sie auf die Beurteilung des Schuldverhältnisses zwischen ihrem Mann und dem Dritten Einfluß hat. Denn im Prozeß gegen sie hat der Kläger natürlich unter den Voraussetzungen der Vermutung, auf die er sich beruft, auch seine Forderung gegen den E. M. zu behaupten und zu beweisen. Bei dieser Gelegenheit kann die Ehefrau die möglichen Einwände gegen ihre Gültigkeit oder ihr Bestehen geltend machen.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß sich die Ehefrau nach der vertretenen Meinung unbestreitbar in einer gefährdeten Lage befindet, daß diese aber ebenso unbestreitbar zum mindesten nicht im geringsten gefährdeter ist, als die nach der h. M. Daher ist aus Rücksichten auf die Frau kein Argument gegen die vertretene Ansicht zu gewinnen.[1])

Es ist verständlich, daß in der Zeit der Frauenbewegung die geschilderten, für die Ehefrau außerordentlich einschneidende Wirkung der Vermutung heftige Angriffe auf diese Vorschrift und Abänderungsvorschläge hervorgerufen hat. Wenn sich diese Arbeit nun auch hauptsächlich mit der Auslegung der Vorschrift zu befassen hat, so sei es doch gestattet, im Anschluß an die Erörterung über die Stellung der Ehefrau auch die Zweckmäßigkeit dieser Regelung kurz zu erörtern.

Dazu ist von der Anwendung des § 1362 I in der Zwangsvollstreckung auszugehen, in der wie dargelegt, die Bedeutung der Vorschrift gerade so groß ist, wie nach der vertretenen Meinung

---

1) So auch Staudinger § 1362 Anm. 2 c.

im freien rechtsgeschäftlichen Verkehr. Hierbei zeigt sich nun, daß das Anwendungsgebiet von § 1362 I nicht so umfangreich ist, wie es auf den ersten Eindruck erscheint. Denn in den Fällen, in denen der E. M. Alleingewahrsam hat, in denen also der Gläubiger den Gegenstand selbst pfänden lassen kann — das wird wegen der tatsächlichen Vermutung bezüglich des Alleingewahrsams des E. M. an allen in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Sachen überwiegend zutreffen[1]) — muß die Ehefrau die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. erheben. Nach allen allgemeinen Beweislastgrundsätzen hat sie deren Voraussetzung ein die Veräußerung hinderndes Recht zu beweisen. Kann sie sich dafür nicht zufällig auf ein obligatorisches Recht auf Rückgabe berufen, so hat die Ehefrau ohnehin ihr Eigentum nachzuweisen, ohne daß es der Anwendung von § 1362 I bedarf. Diese Vorschrift kommt daher im allgemeinen nur dann in Frage, wenn die Ehefrau ausnahmsweise Mitgewahrsam oder vor allem, wenn sie Alleingewahrsam hat. Dann würde nämlich der Gläubiger nur den Herausgabeanspruch pfänden lassen und auf ihn gestützt, auf Herausgabe klagen können; hier kommt die Vermutung zur Geltung.

Daraus geht hervor, daß § 1362 I in der Hauptsache gerade für den Fall geschaffen wurde, daß die Ehefrau Alleingewahrsam hat. (Deshalb sind übrigens auch die von Einigen[2]) geäußerten Zweifel, ob die Vermutung auch in dem Prozeß des Gläubigers auf Herausgabe nach Pfändung des diesbezüglichen Anspruchs Platz greife, völlig unberechtigt.) Es wäre nun zuviel gesagt, daß alle Mal dann, wenn die Ehefrau allein unmittelbaren Besitz habe, die Ehegatten unredliche Absichten hegten. Immerhin ist es jedoch ein Sonderfall, der aus dem Rahmen der gewöhnlichen Verhältnisse herausfällt. Hat eine Ehefrau infolge der tatsächlichen Vermutung über den Alleingewahrsam des E. M. ihr Eigentum schon unter normalen Verhältnissen zu beweisen, so ist das gleiche erst recht einer Ehefrau zuzumuten, die in undurchsichtigen Ausnahmeverhältnissen lebt. Diese ver-

---

[1]) Stein § 808 Anm. II 2.

[2]) Endemann S. 301 Anm. 52. Dernburg § 36 II.

dienen Mißtrauen und sind daher im Interesse der Allgemeinheit auch mit Recht einer besonderen Vorschrift unterstellt.

Auch die ausländischen Gesetzgebungen haben nicht ohne entsprechende Vorschriften auskommen zu können geglaubt. Im code civil besteht allerdings eine gleiche Vermutung nicht. Aber nur deshalb, weil nach seinem gesetzlichen Güterstand der Fahrnisgemeinschaft alle Sachen im Besitz der Eheleute, gemäß Art. 1402 sogar die unbeweglichen, als Gemeingut anzusehen sind,[1]) was praktisch auf dasselbe hinausläuft wie die Regelung durch 1362 I. Vollkommen entsprechende Vermutungen haben das Österreichische allgemeine Gesetzbuch in § 1237 in Verb. mit § 1246 und das Schweizer Zivilgesetzbuch in Artikel 196. Besonders letztere Vorschrift ist bemerkenswert einerseits deswegen, weil sie in einer ganz modernen und gerühmten Kodifikation steht und andererseits, weil sie zum Nachteil der Ehefrau nicht nur zu Gunsten der Gläubiger des E. M., sondern auch für diesen selbst gilt. Wenn man auch über den Wert dieser Ausdehnung geteilter Ansicht sein kann — Schweizer Kommentare kritisieren sie[2]) — so zeigt es doch, wie sehr man sie gerade in der Jetztzeit für notwendig hielt. Der Eindruck wird noch dadurch verstärkt, daß der aus den §§ 1362 I, 1438, 1527, 1549 BGB. für das Deutsche Recht abgeleitete allgemeine Gesichtspunkt über die vermutete Verfügungsberechtigung des E. M. in Artikel 202 ZGB. für das Schweizer Recht dahin verstärkt wird, daß Dritte die gutgläubig an die Vertretungsmacht des E. M. geglaubt haben, in ihrem Erwerb geschützt werden. Die Ehefrau kann die Wirksamkeit der Verfügung ihres Mannes also nur dadurch anfechten, daß sie nicht nur ihr Eigentum, sondern auch den bösen Glauben des Erwerbers bezüglich ihrer Einwilligung zur Übertragung nachweist. Wenn man in einem so demokratisch eingestellten Staat wie der Schweiz, wo man gewiß nicht dazu neigt, die Rechte der Ehefrau übermäßig einzuschränken, glaubt, solche Bestimmungen treffen zu müssen, so ergibt sich daraus, wie notwendig die den Ehemann vor der Frau bevorrechtigenden Vorschriften sind.

---

[1]) Zachariä-Crome, Handbuch des franz. Zivilrechts III S. 217.

[2]) Egger Komm. 196 Anm. Gmür Komm. 196 II 2 ferner Wieland, Zeitschrift f. schweiz. Recht 40, 384.

Wenn nun aber als deren Zweck der Schutz der Allgemeinheit allein hervorgehoben wird, so ist damit nur die eine Seite erkannt. Die andere vielleicht noch wichtigere liegt in der Begünstigung des E. M. in wirtschaftlicher Hinsicht und zwar in der Steigerung seines Kredits. Das kommt der ganzen Familie und insbesondere auch der Ehefrau zugute. Die Vermutung des § 1362 I ist also nicht nur einmal Gesetz, das wohl oder übel befolgt werden muß, sondern sie ist notwendig und vorteilhaft nicht nur für die Allgemeinheit, sondern auch für die Ehegatten selbst.

Diese Vorteile würden jedoch vereitelt werden, wenn die Bestrebungen Erfolg hätten, die auf eine Gleichstellung der Ehefrau mil dem Mann in dieser Hinsicht hinauslaufen. Auf dem 33. deutschen Juristentag[1]) haben die Berichterstatter Kipp, Wieruszowski und Munck übereinstimmend eine Änderung des geltenden Rechts dahin verlangt, daß auch den Gläubigern der Ehefrau freier Vollstreckungszugriff in die in § 1362 I bezeichneten Sachen ermöglicht werde. Diese Forderung wurde offenbar erhoben, um auch der Frau Kredit zu verschaffen, ihr damit eine selbstständige Erwerbsbetätigung zu erleichtern und so die wirtschaftliche Lage der Familie zu heben. Es ist nach dem vorher Ausgeführten anzunehmen, daß durch eine derartige Regelung gerade das Gegenteil des Gewollten erreicht würde. Denn wegen der zu befürchtenden Interessenzusammenstöße zwischen den Gläubigern des E. M. und denen der Ehefrau bei der etwaigen Zwangsvollstreckung, wegen der Möglichkeit etwa einer doppelten Sicherungsübereignung durch den E. M. an seine Gläubiger, durch die Ehefrau an die ihrigen, wegen der Undurchsichtigkeit der Verhältnisse würden die Gläubiger sich nicht mehr so gesichert fühlen wie vorher. Der Kredit des Mannes würde also geschädigt, ohne daß sich der der Frau entsprechend steigerte.

Der beabsichtigte Zweck läßt sich auch im Rahmen des geltenden Rechtes erreichen, dadurch daß sich die Ehefrau beizeiten die nötigen Beweismittel verschafft. Von jeder wirtschaftlich eingestellten Frau, die selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreiben

[1]) Nach J. W. 1924, 1818.

will, ist zu verlangen, daß sie über die dafür notwendigen Voraussetzungen — Sicherung ihres Eigentums vor dem Zugriff der Mannesgläubiger — unterrichtet ist und entsprechend handelt.

Es war schon angedeutet, daß die Stellung des Mannes-Gläubigers sich zu seinem Vorteile ändert; das kommt daher, daß er nach der vertretenen Auffassung eher ein dingliches Recht geltend machen kann als nach der h. M. Zur Darlegung dessen sei wieder davon ausgegangen, daß E.M. dem K. eine Vase verkauft und durch Besitzübermittlung übereignet habe. Um die Wirkung der Vermutung unter dem Einfluß der vertretenen Meinung zu zeigen, muß die weitere Voraussetzung gemacht werden, daß beide Parteien nicht beweisen können, denn nur dann kann sich die Vermutung durch einen anderen Ausfall der Entscheidung auswirken. Wenn nämlich der Kläger K. das Eigentum des E.M. beweisen kann, dann brauchte er sich ja nicht auf die Vermutung zu berufen; wenn die Ehefrau ihr eigenes Eigentum nachweisen kann, wird die Vermutung durch Widerlegung ausgeschaltet.

Hat K. die Sache also gekauft und übereignet bekommen, ohne das Eigentum des E.M. nachweisen zu können, so wäre er nach der h. M. gezwungen, auf Lieferung zu klagen. Dadurch würde er erst nach Beendigung des ersten Rechtszuges durch die Pfändung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils ein dingliches Recht erlangen. Da die Ehefrau ihr Eigentum nicht beweisen kann, würde sie nach einer etwa erhobenen Widerspruchsklage unterliegen und so auch nach h. M. der Vase verlustig gehen.

Nach der hier vertretenen Ansicht würde K., der auf Grund der Übereignung auf Herausgabe klagt, den ihm selbst, wie angenommen, nicht möglichen Eigentumsbeweis wegen 1362 I der Ehefrau zuschieben können. Da diese ihn, wie angenommen, auch nicht führen kann, ist die Übereignung als gültig anzusehen und K. hat daher schon vom Zeitpunkt ab, in dem sie stattfand, ein dingliches Recht. Für ihn ist dies praktisch natürlich dann sehr bedeutungsvoll, wenn der Ehemann in der Zeit zwischen der Übereignung und einer auf Grund vollstreckbaren Titels erfolgten Pfändung Konkurs macht. Nach der vertretenen Ansicht hat er dann einen Aus- oder Absonderungs-, nach

der h. M. dagegen natürlich nur einen gewöhnlichen Konkursgläubigeranspruch. Die Möglichkeit, daß der E. M. in der Zwischenzeit Konkurs macht, braucht nicht gering zu sein, weil der Zeitraum zwischen der Verfügung des E.M. und der auf Grund eines Urteils möglichen Pfändung nicht kurz zu sein braucht, sondern häufig sogar ziemlich lang sein wird. Aus den Geschäften zwischen dem E.M. und den Gläubigern braucht es durchaus nicht sofort zum Prozeß zu kommen.

Es ist klar, daß die Bevorzugung K.'s nicht auf Kosten der Ehefrau erfolgt. Die zu seinen Gunsten Geschädigten sind vielmehr die übrigen Konkursgläubiger des E.M., da ihnen durch die Aussonderung die Mittel zu ihrer Befriedigung geschmälert werden. Diese Bevorzugung von K. gegenüber den anderen Gläubigern ist aber gerechtfertigt, da er sich durch die Eigentumsübertragung hat dinglich sichern lassen; deshalb muß ihm das entsprechende Recht zuteil werden. Soweit die übrigen Gläubiger das versäumt haben, haben sie die Folgen ihrer Unvorsichtigkeit selber voll zu tragen.

Ein weiterer Vorteil für den Gläubiger, jedoch nicht nur für ihn allein sondern für alle Beteiligten ist der, daß in sehr vielen Fällen nur ein Prozeß geführt zu werden braucht. Da nämlich in dem Verfahren wegen Herausgabe nicht nur wie in dem wegen Lieferung über die Berechtigung des obligatorischen Anspruchs, sondern auch eben über das Eigentum der Ehefrau verhandelt wird, so erübrigt sich deren Widerspruchsklage. Die Möglichkeit, die diese Klage ihr gibt, nämlich der Nachweis ihres Eigentums wird ihr nicht abgeschnitten, sondern nur in den ersten Prozeß vorverlegt, in dem also zwei Verfahren zusammengefaßt werden. Das eine von ihnen ist die Prüfung des Abschlusses und der Gültigkeit des obligatorischen Vertrages — K. muß ja seine Gläubigerstellung nachweisen — das andere betrifft den Abschluß und vor allem die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages, letztere angezweifelt von der Ehefrau mit der Angabe, sie sei Eigentümerin und daher allein verfügungsberechtigt. Zu der Ersparung eines Verfahrens kommt es immer dann, wenn der Ehefrau der Nachweis ihres Eigentums nicht gelingen wird.

Gelingt er ihr jedoch, so würde der Gläubiger des E.M. eine zweite Klage gegen den E.M. auf Lieferung bezw. auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung zu erheben haben, falls ihm diese nach den Umständen noch aussichtsreich und zweckmäßig erscheint.

Ein mit der Ersparung des Prozesses zusammenhängender aber nicht davon abhängiger weiterer Vorteil besteht in der Ersparung von Zeit. Sie ist die Folge davon, daß nicht zwei Verfahren nach einander zu führen sind, sondern alle strittigen Fragen gleichzeitig verhandelt werden können. Der Vorteil, die Zeit der Rechtsungewißheit und der damit verbundenen Beschränkung in den Vermögensdispositionen abzukürzen, kommt naturgemäß auch hier wiederum nicht nur dem Gläubiger sondern allen beteiligten Parteien zugute. Er ist auch dann erreichbar, wenn, wie vielfach der Fall, der Streit nicht durch ein Verfahren zu erledigen ist. Dazu bedarf es aber einer im Anschluß zu besprechenden Klagen-Verbindung.

VI. Die sich aus der vertretenen Meinung im Prozeß ergebenden Fragen.

a. Fragen bei der Klageerhebung.

Damit stößt man auf die bei der Durchführung der vertretenen Ansicht im Prozeß zunächst auftauchende Frage, wie und gegen wen K. zu klagen hat. Diese Frage wird praktisch naturgemäß nur in Fällen einer Übertragung durch Besitzübermittlung oder durch Übertragung des Herausgabeanspruchs, da bei einer solchen mit Besitzbelassung der Erwerber das Vorgehen mittels Klage den Eheleuten überlassen kann.

Bei der Erörterung hierüber ist davon auszugehen, daß die Klage auf Herausgabe aus § 985 BGB. die Klage des nicht oder wenigstens nicht unmittelbar besitzenden Eigentümers gegen den oder die Besitzenden Nichteigentümer ist. Der nicht besitzende Eigentümer ist in jedem Falle der Kläger K. Auf der Gegenseite können dagegen die verschiedensten Möglichkeiten vorliegen. Es kann nämlich:

1. der Ehemann unmittelbar allein besitzen,
2. die Ehefrau unmittelbar allein besitzen,
3. können beide unmittelbaren Mitbesitz haben,
4. kann ein Dritter unmittelbar besitzen, während die Eheleute jeder allein oder beide zusammen nur mittelbaren Besitz haben,
5. kann die Ehefrau unmittelbar, der Ehemann mittelbar und
6. umgekehrt der Ehemann unmittelbar und die Ehefrau mittelbar besitzen.

Nach der allgemeinen Regel würde nun einfach der Kläger gegen den oder die Besitzer zu klagen haben. Dabei sind jedoch 3 Umstände näher zu beachten.

Der eine besteht darin, daß der Kläger über die Besitzverhältnisse bei den Eheleuten nicht eine Behauptung aufstellen darf, die mit der über das Eigentum des E. M. im Widerspruch steht. Was damit gemeint ist, ist an dem oben angeführten Fall 6 zu ersehen. Wenn der Ehemann den unmittelbaren Besitz alleine hat, so darf nicht, um eine Klage-Ausdehnung auf die Ehefrau als Streitgenossin ihres Mannes zu begründen, behauptet werden, daß sie mittelbar besitze; denn ein solcher mittelbarer Besitz, dessetwegen die Ehefrau materiellrechtlich wohl mitverklagt werden könnte,[1]) kann sich nur aus dem Eigentum der Ehefrau an den betreffenden Sachen ergeben. Es würde sich also wohl um eingebrachtes Gut handeln, das der Ehemann nach § 1373 BGB. in unmittelbaren Alleinbesitz[2]) genommen hat. Ein anderes Verhältnis wäre praktisch nicht wohl denkbar, denn sonst müßte man annehmen daß der Ehemann seine eigene Sache an die Ehefrau vermietet, verliehen oder sonstwie auf Zeit übergeben hat und sie auf die gleiche Weise von der Ehefrau wieder übergeben bekommen hat, sodaß er zugleich Ober- und Unterbesitzer seiner Frau wäre. Eine derartige künstliche Konstruktion dürfte wohl unhaltbar sein. Der Kläger darf daher nicht ein Besitzverhältnis behaupten, in dem der Ehemann als Besitzmittler für seine Frau erscheint.

Weiter entsteht die Frage, wie der Ehefrau die Möglichkeit offen zu halten ist, sich am Prozeß zu beteiligen, um ihr Recht zu wahren, wenn sie keinen unmittelbaren Besitz hat, also nicht auf Herausgabe mitverklagt werden kann.

Die dritte Schwierigkeit betrifft die Unannehmlichkeit für den Kläger, beim Mißlingen der Herausgabeklage nachträglich auf Lieferung gegen den E. M. klagen zu müssen und die Frage, wie das möglichst zu vermeiden ist. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die einzelnen oben aufgezählten Fälle zu behandeln.

Wenn die Ehefrau unmittelbar allein besitzt, ist es angängig, die Ehefrau allein zu verklagen, auch wenn der E. M. mittelbaren Besitz hat. Gelingt ihr der Beweis ihres Eigentums nicht, so ist mit diesem einen Verfahren der ganze Streit beendet. Ge-

---

[1]) Leonhard S. 125 unten; Staudinger § 985 Anm. II 2c und die dort angeführte Literatur.

[2]) Soergel § 1373 Anm. Staudinger 1373 Anm. 4a und b, sowie die dort aufgeführten Schriftsteller. Ferner H. Mitteis Seite 27.

lingt ihr der Beweis jedoch, so hätte der Kläger nunmehr nachträglich gegen den E. M. auf Leistung zu klagen, sodaß bei diesem Vorgehen die vertr. Mein. gegenüber der h. M. keine Vorteile böte. Der ganze Unterschied zwischen den beiden Auffassungen bestände dann vielmehr nur darin, daß sich die Aufeinanderfolge der Prozesse umgekehrt hätte.

Es ist deshalb praktischer, namentlich dann, wenn Abschluß und Gültigkeit des obligatorischen Geschäftes nicht unbestritten sind, gleichzeitig auf dessen Feststellung zu klagen. Dies darf jedoch nicht in Form einer Zwischenfeststellungsklage geschehen, da dieser wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht stattzugeben ist, wenn der Hauptanspruch schon aus einem anderen Grunde abgewiesen wird.[1]) Da die Feststellung aber gerade nur für diesen Fall von Wert ist, so ist ihretwegen eine selbständige Klage gegen den E. M. zugleich mit der Herausgabeklage zu erheben.[2]) Ihre Rechtsschutzvoraussetzungen sind gegeben dadurch, daß der E. M. nicht leistete, und seine Leistungspflicht bestreitet, daß aber eine Klage auf Erfüllung wegen der gleichzeitig erhobenen Herausgabeklage nicht statthaft ist.[3]) Wird letztere abgewiesen, so muß und kann K. wenn die Feststellungsklage noch nicht entschieden sein sollte, von ihr zur Leistungsklage auf Grund von § 268 Ziff. 2 Z.P.O. übergehen.[4]) Da der Streitstoff schon im Feststellungsverfahren weitgehend geklärt sein wird, ist zu erwarten, daß die Klage auf Leistung in kürzester Frist zu einem Urteil führen wird.

Dieses Vorgehen hat sowohl Zeitersparnis wie auch Prozeßökonomie zur Folge, da über die in der Feststellungsklage behandelten Fragen ohnehin hätte entschieden werden müssen. Das Besondere bei ihr besteht nur in der der Rechtskraft fähigen Form der Entscheidung, die beim Unterliegen in der Klage auf Herausgabe schnell in einen vollstreckbaren Titel umgewandelt werden kann, falls das überhaupt notwendig sein sollte. Wenn der Kläger hier unter Umständen zwei Prozesse zu führen hat, so steht er sich dadurch doch auf keinen Fall schlechter als nach der h. M., da

---

[1]) Stein § 280 Anm. II 2.
[2]) Zulässig: Stein § 260 Anm. II B.
[3]) Siehe oben Seite 14 f.
[4]) Stein § 268 Anm. V. 2, sowie die dort in Anm. 62 angeführte Literatur. Ferner R. G. 105, 279.

auch nach ihr der zweite Prozeß unvermeidbar ist. Wenn er nämlich auf Grund des auf Lieferung gehenden Urteils gegen den E. M. pfänden läßt, so kann er, wenn die Ehefrau nicht herausgabebereit ist, nur dessen Anspruch pfänden. Klagt er ihn ein, so ist die Frau nicht wie im Falle einer von ihr selbst erhobenen Widerspruchsklage infolge analoger Anwendung von § 93 ZPO. gezwungen, dem Kläger vor dem Prozeß ihr Eigentum nachzuweisen und ihm damit die Möglichkeit zu geben, wegen Aussichtslosigkeit von vorneherein auf gerichtliche Austragung des Streites zu verzichten. Er muß vielmehr auch hier seine Klage mit der Ungewißheit erheben darüber, ob er mit ihr durchdringt oder nicht. Andererseits kann K. sich unter Umständen auf die Herausgabeklage beschränken. Die Feststellungsklage kann nämlich unterbleiben, wenn der obligatorische Anspruch gänzlich unbestritten oder gar anerkannt ist, wenn der Kläger sicher weiß, daß die Ehefrau ihr Eigentum nicht wird nachweisen können, oder bei Ungewißheit hierüber, wenn bei dem E. M. doch nichts zu holen wäre, oder schließlich dem Käufer nur an der Sache selbst gelegen ist.

Haben die beiden Eheleute Mitbesitz der umstrittenen Sache, so sind sie beide zu verklagen, wobei auch hier gegebenenfalls damit eine Feststellungsklage über das obligatorische Verhältnis gegen den E. M. allein zu verbinden ist.

Am einfachsten ist es für den Kläger, wenn der E.M. allein unmittelbaren Besitz hat, etwa an Sachen im Geschäftslokal des E.M. oder wenn die Ehegatten getrennt leben. Wie schon gesagt, darf er hierbei die E.Fr. nicht auf Herausgabe mitverklagen, was an sich nahe läge, einerseits, um ihr nicht den Nachweis ihres Rechtes abzuschneiden, andererseits auch deshalb, weil ein gegen den E.M. allein erstrittenes Urteil ihr gegenüber keine Rechtskraft besäße. Deshalb braucht er aber doch nicht gegen sie etwa eine negative Feststellungsklage bezüglich ihres Eigentums zu erheben. Er hat nur gegen den E.M. auf Herausgabe und wenn ihm der Ausgang dieses Verfahrens zweifelhaft erscheint, zugleich auf Feststellung des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses zu klagen. Daraufhin kann er nun abwarten, wie sich die Ehefrau

verhält. Für diese ist es am besten, als Haupt- oder Nebenintervenientin dem Streit beizutreten. Das verlangt die Rücksicht auf die Gefährdung, der die Sache im Besitz des Klägers nach erfolgreicher Durchfechtung des Streites ausgesetzt sein kann, wie auch weiter der Umstand, daß auch sie länger in Rechtsungewißheit schwebt, ihre Beweismittel etwa Zeugen unzuverlässiger werden, und sie später, wenn sie etwa selbst klagen will, ihrerseits Kostenvorschuß leisten muß und für die Gerichtskosten im Fall der Nichtbeitreibbarkeit vom Kläger trotz ihres Obsiegens haftet. Tritt sie dem Rechtsstreit nicht bei, so hat sie die Möglichkeit später ihrerseits Klage gegen den Gläubiger ihres Mannes zu erheben, da dem Urteil gegen ihren Mann keine Rechtskraft ihr selbst gegenüber inne wohnt. Erhebt sie die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. gegen K. wegen der Pfändung auf Grund des gegen ihren Mann ergangenen Urteils auf Herausgabe, so hat sie vorher ihr angebliches Recht den Beklagten nachzuweisen. Andernfalls sind ihr die Kosten dieses Verfahrens trotz ihres etwaigen Obsiegens in analoger Anwendung von § 93 ZPO. aufzuerlegen[1]). Ihrem Gegner steht es dann frei, die Sache freizugeben und dadurch den zweiten Prozeß zu vermeiden.

Es bleibt noch die Möglichkeit übrig, daß ein dritter Besitzmittler für einen der Ehegatten allein oder für beide zusammen besitzt. In jedem Falle ist der Dritte zu verklagen, dem es überlassen bleibt, sich durch Urheberbenennung gem. § 76 ZPO. zu decken[2]). Andererseits können auch die Ehegatten als Nebenintervenienten aus eignem Antrieb dem Rechtsstreit beitreten. Das ist für sie, wenn ihr Besitzmittler nicht nach § 76 verfährt, das ratsamste. Je nachdem wer beitritt, gestaltet sich dann das weitere Verfahren gemäß den obigen Ausführungen. Tritt niemand bei, so kann der Kläger ruhig den Herausgabeprozeß gegen den Dritten durchführen. Will die Ehefrau nachträglich ihr Recht an der Sache geltend machen, so hat sie es vor Klageerhebung nachzuweisen, will sie nicht die Gerichtskosten auferlegt erhalten.

---

[1]) So die ständige Rechtssprechung z. B. RG. 61, 433, OLG. Hamburg, Hans. Gerichtsz. 25, B 104 und fast die gesamte Literatur: Stein § 771, Anm. V.

[2]) So auch Ude Seite 28.

b. Die Fragen beim Gegenbeweis.

Von den im weiteren Verlauf des Verfahrens auftretenden Fragen ist hier noch über die Widerlegung der Vermutung zu sprechen. Eine der sich dabei ergebenden Fragen war schon oben angedeutet. Es handelte sich darum, ob die Vermutung über das Eigentum des E.M. nicht dann schon von vorneherein als widerlegt anzusehen ist, wenn der E.M. dem Erwerber die Sache im Namen seiner Frau verkauft und übereignet hat. Es erscheint in der Tat nicht angängig, von einer Sache zu behaupten, daß sie dem E.M. gehöre, nachdem sich vorher die Vertragsparteien ohne Einschränkung darüber einig waren, daß sie der Ehefrau gehöre, und nachdem vorher die Sache andauernd als der Ehefrau gehörig behandelt worden war. Es wäre denkbar, daß der Ehemann, eine Sache, die ihm in Wirklichkeit nicht gehört, als eigene ausgibt, um damit Geschäfte machen zu können; es wird dagegen im Normalfall kein ersichtlicher Grund für den Ehemann vorliegen, von einer Sache, die er verkaufen will, fälschlich zu behaupten, daß sie seiner Frau gehöre, während sie in Wirklichkeit sein Eigentum ist. Es liegt daher nahe, daß diese Angaben des E.M. der Wahrheit entsprochen haben und damit in jedem Fall des Handelns im Namen der Frau die Vermutung schon von vorneherein durch die Verhandlungen widerlegt sei.

Demgegenüber ist jedoch zu untersuchen, wie sich die Verhältnisse gestalten würden, wenn K. nun nicht gegen den oder die Besitzer auf Herausgabe klagen würde, sondern gegen den E.M. auf Erfüllung oder Schadenserfatz nach § 179 BGB. und aus dem erlangten Urteil vollstrecken lassen würde. Erhöbe die Ehefrau nun die Widerspruchsklage, so würde man nicht wohl annehmen können, daß die Verkaufs- und Übereignungshandlungen des Ehemannes einen Beweis dafür lieferten, daß die Sache der

Ehefrau gehöre. Diese würden vielmehr, nachdem das Eigentum der Ehefrau anderweitig nachgewiesen ist, nur insofern von Belang sein, als sich daraus ergäbe, daß der Gläubiger um das Recht der Ehefrau gewußt habe und infolgedessen schadensersatzpflichtig sei.

Nähme man aber selbst an, die damaligen Erklärungen des Ehemannes hätten der Wahrheit entsprochen, weil er keinen Anlaß gehabt habe, falsches zu behaupten, so erscheint es dann im allgemeinen auch nicht angängig, zwischen den einzelnen Angaben des E.M. Unterschiede zu machen und seine Behauptung über das Eigentum der Ehefrau für wahr, die über seine Vertretungsmacht jedoch für falsch zu halten. Denn, wenn er die Sache seiner Frau ohne Bevollmächtigung verkaufen wollte, so hätte er sie als seine eigene ausgeben können. Da er das nicht getan hat, wäre anzunehmen, daß er vertretungsberechtigt war. Diese Annahme liegt umso näher, als für sie im Gegensatz zu der Behauptung über das Eigentum seiner Frau nicht nur einseitige Angaben des E.M., sondern auch tatsächliche Umstände sprechen, deren Vorhandensein ja notwendig ist, damit K. beim Vertrauen auf die Vollmacht des E.M, nicht fahrlässig handelte. Ergibt sich nun trotz dieser Umstände, daß die Angabe des E.M. über seine Vertretungsmacht unrichtig waren, so kann auch die im gleichen Atemzug gemachte Angabe über das Eigentum der E.Fr. nicht beweiskräftig sein.

In Wirklichkeit werden allerdings, wie man aus den vorstehenden Erwägungen heraushören wird, die Verhältnisse nicht selten gerade umgekehrt liegen. Es werden nämlich die von dem E.M. in den Vorverhandlungen gemachten Angaben über das Eigentum der Ehefrau und seine Vollmacht nicht beide falsch, sondern beide tatsächlich richtig gewesen sein. Dagegen wird die neuere Behauptung, er habe keine Vertretungsmacht gehabt, unwahr sein. Sie wird aufgestellt worden sein, um sich der Erfüllung eines unbequem oder wegen Änderung der Konjunktur unvorteilhaft gewordenen Vertrages zu entziehen. Kann aber nun der Dritte die Vertretungsmacht tatsächlich nicht beweisen, so muß ihm deshalb dadurch geholfen werden, daß man zusammen mit der in ihrer Richtigkeit nicht nachweisbaren Behauptung

über die Vertretungsmacht des E.M. auf die gleichzeitig aufgestellte Behauptung über das Eigentum der Ehefrau als unrichtig oder wenigstens als nicht alleine beweiskräftig annimmt. Man wird also die Vermutung des § 1362 I durch die Vorverhandlungen nicht oder nicht allein als widerlegt ansehen können.

Zum Schluß sind noch kurz einige Einzelfragen über die Art des Gegenbeweises bei dieser Vermutung zu behandeln. Es war oben auseinandergesetzt, daß § 1362 I BGB. eine Ausnahmevorschrift gegen die Ehegatten darstellt, daß ihre Fassung und die Tatsache, daß sie überhaupt gegeben wurde, von dem berechtigten Mißtrauen des Gesetzes gegen sie zeugt. Dieser Zweck, unredlichen Ehegatten Betrügereien zu erschweren und unmöglich zu machen, darf nun nicht durch eine seinem Sinn widersprechende Anwendung, d. h. durch eine zu vertrauensvolle Würdigung der Gegenbeweise durchkreuzt werden. Das Gesetz will dadurch, daß es für diesen Sonderfall dem Besitz der Ehefrau die Eigentumslegitimation nimmt, den Gatten die Möglichkeit entziehen, zum Schaden Dritter nach Bedarf schnell und leicht durch Besitzübertragung einen bestimmten Rechtsschein herzustellen. Es wäre daher nicht richtig, ihnen diese Möglichkeit auf einem Umweg wieder zu verschaffen. Das kann auf vielerlei Art und Weise geschehen, und es geschieht auch, sodaß das RG. mit größtem Recht strenge Anforderungen an den Gegenbeweis stellt.

Man kann annehmen, daß in der Regel ein Ehevertrag, in dem das Gut der Ehefrau einzeln aufgezählt wird, den Anforderungen eines Beweises genügen wird,[1] auch dann, wenn er nicht vor der Heirat geschlossen sein sollte. Das entscheidende Moment ist das, daß sein Abschluß nicht in einen Zeitpunkt kurz vor oder gar nach der Entstehung der Schuld des E.M. an den Dritten fällt, da sich dann der Verdacht aufdrängen würde, daß er im Hinblick auf dieses Geschäft abgefaßt wurde. Unter dieser Voraussetzung dürfte auch ein einfaches Verzeichnis, der der Ehefrau gehörenden Sachen für den Gegenbeweis genügen, wenn die Richtigkeit der Datierung nachgewiesen wird. Das Güterrechtsregister dient solchen Zwecken nicht,[1] so praktisch eine öffentliche Eintragung wäre.

[1]) LOG. 12, 303. Crome § 563 Anm. 17.

Dagegen dürfte es wohl eine Vereitelung des Gesetzeszweckes sein, als Gegenbeweis das Zeugnis des Ehegatten genügen zu lassen. Gerade den unredlichen Ehegatten, die auch vor einem falschen Eide nicht zurückschrecken, würde dadurch anstatt der genommenen Möglichkeit durch Besitzübertragung die andere durch einige Worte Tatsachen zu schaffen, gegeben[1]). Mit der gleichen Vorsicht sind auch die Aussagen naher Verwandter zu beurteilen. Selbstverständlich sollen diese Ausführungen den Richter nicht veranlassen, die Aussagen aller Ehegatten und aller Verwandten von vorneherein als unglaubwürdig zu verwerfen. Hier wie überall anders hat er das Recht und die Pflicht, der freien Beweiswürdigung unter besonderer Berücksichtigung seines persönlichen Eindrucks. Es sollte nur gezeigt werden, daß allein schon die Notwendigkeit den § 1362 I BGB. anzuwenden, zu ganz besonderem Mißtrauen berechtigt.

Ein Beweismittel eigener Art erwähnt Frey[2]), nämlich ein früheres rechtskräftiges Urteil zwischen den beiden Ehegatten über die gleiche Sache, in dem zu Gunsten der Ehefrau entschieden ist. Es kann nicht wohl daran gezweifelt werden, daß, wenn die betreffende Klage erhoben wurde, bevor der Gläubiger an ihr ein Recht erlangte, dieses Urteil gemäß § 325 ZPO. auch gegen ihn als Rechtsnachfolger wirksam ist[3]). Es muß aber auf die grotesken Möglichkeiten für unredliche Ehegatten, Dritte zu betrügen, hingewiesen werden. Es wäre nämlich denkbar, daß die Eheleute gar nicht wirklich über die Sache stritten, sondern eine solche Auseinandersetzung nur zum Schein betrieben, um sich mit Rücksicht auf geplante größere Geschäfte ein Beweismittel zu verschaffen. Es würde also die Ehefrau auf Feststellung ihres Eigentums Klage erheben, und der Ehemann würde sich etwa im Versäumnisverfahren verurteilen lassen. Infolge der Verhandlungsmaxime ist die Erforschung der materiellen Wahrheit nicht möglich. Diesen Titel könnten nun die Ehegatten jedem pfändenden Gläubiger entgegen halten. Für diesen ist die Lage umso hoffnungsloser, als er mit einem ihm etwa zufällig möglichen Beweis für das

[1]) Übereinstimmend RG. R. Bd. 1920 Nr. 43.

[2]) Frey S. 458.

[3]) So auch Francke S. 93.

Eigentum des E.M., wenn er sich nicht auf Vorgänge in der Zeit nach Erlaß des Urteils stützt, garnicht gehört werden kann. Dies ergibt sich aus den strengen Grundsätzen und dem Wesen der Rechtskraft. Noch grotesker wird die Lage, wenn auch die Ehefrau ein Geschäft betreibt und zum Schutz gegen ihre Gläubiger die Ehegatten vor einem anderen durch Prorogation zuständigen Gerichts einen Titel erwirken, demzufolge alle Sachen dem Ehemann gehören. Je nach Bedarf können dann die Eheleute ihren Gläubigern das eine oder das andere Urteil entgegen setzen. Die Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, die den Richter ganz auf die Parteibehauptungen anweist, gestattet es unredlichen Eheleuten sogar das Gericht selbst in den Dienst ihrer betrügerischen Machenschaften zu stellen.

Benutzte Literatur.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 645 ff. insbes. 672.

Beckh, Die Beweislast nach dem BGB. München 1899.

Brückner, Die Miete 1900.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts 7/8A. Jena 1924, 2. Bd. 2. Teil.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 4. Bd. Tübingen 1908.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 4. Bd. Familienrecht 3. A. Halle 1907.

Egger, Komm. zum Schweizer Zivilgesetzbuch. 2. Bd. Zürich 1914.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht 8. u. 9. A. Berlin 1908.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allg. Teil und Schuldverhältnisse. 9. Bearbeitung Marburg 1923.

Fischer-Henle, Komm. zum BGB. 12. A. München 1923.

Franke, Sachpfändung und Gegenverfahren mit bes. Rücksicht auf die ehegüterrechtlichen Vermutungen. Zeitschrift für den Zivilprozeß Bd. 29, S. 86 ff.

Frey, die neue praesumtio Muciana u. die Zwangsvollstreckung. Sächs. Arch. Bd. 10. S. 456.

Gmür, Komm. zum Schweizer Zivilgesetzbuch Bd. 2. Bern 1914.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg, Lehrbuch des BGB. 3. Bd. Familienrecht Berlin 1921.

Jäger, Komm. zur Konkursordnung 5. A. Berlin 1916.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht Berlin 1915.

Leonhard, Fr., Die Beweislast 2. A. Berlin 1926.

„ „ Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. Berlin 1923.

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts 1. Band. 4. Aufl. bes. von Haidlen. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1907.

Mitteis, Hch., Bürgerliches Recht, Familienrecht, in der Encyklopädie der Rechts- und Staatswiss. Berlin 1923.

Mittelstein, Die Miete, 3. A. Berlin 1923.

Mugdan, Materialien zum BGB., 4. Bd. Berlin 1899.

Neumann, Komm. zum BGB. 6. A. Berlin 1912.

Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht 1907.

Oertmann, Komm. zum BGB. Allg. Teil und Schuldverhältnisse. Berlin 1914.

O. L. G., Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen, Sammlung von Mugdan und Falkmann.

Opet-Blume, Komm. zum Familienrecht, Berlin 1906.

Planck, Komm. zum BGB. 4. A.
1. Allg. Teil, Berlin 1911.
2. Schuldverhältnisse Berlin u. Leipzig 1923.
3. Sachenrecht Berlin und Leipzig 1920.
4. Familienrecht 1. Lieferung Berlin und Leipzig 1924.

R. G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung.

R. G. R. Komm. Komm. der Reichsgerichtsräte 5. A. Berlin u. Leipzig 1923.

Rocholl, Das Eherecht des BGB. Berlin 1900.

Salamonski, Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand des BGB. Rostocker Diss. 1901.

Schmidt, A. B., Komm. zum Familienrecht, München 1907.

Schröder, Das eheliche Güterrecht nach dem BGB. 2. A., Berlin 1899.

Seuffert, Komm. zu Zivilprozeßordnung, 10. A., München 1908.

Seuffert, Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen ZPO. Abschn. 5, Gruchot's Beitr. Bd. 43 S. 144 ff.

Soergel, Komm. z. BGB. 3. A., Berlin, Stuttgart. Leipzig 1926.

Staub, Komm. z. HGB. Bd. 1—3 12. u. 13. A., Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger, Komm. z. BGB. München.
1. Allg. Teil 9. A. 1925.
2. Schuldverhältnisse, 7. u. 8. A. 1912.
3. Sachenrecht, 9. A. 1926.
4. Familienrecht, 1. Teil A 1926; 2. Teil 7/8 A 1911.
5. Nachtrag zur 7. u. 8. A. 1921.

Stein, Komm. zur ZPO. 12. A. bearbeitet von Jonas Tübingen 1925/26.

Ude, Die praesumtion Muciana und ihre Entwicklung im modernen Recht. Tübinger Diss. 1901.

Warneyer, Komm. z. BGB. 1. Bd. Allg. Teil und Schuldverh., Tübingen 1923.

Warneyer, Komm. zum BGB. Taschenausgabe.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechts 1. Bd. Düsseldorf 1900.

Wolff, Eherecht im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus — Kipp — Wolff 4. Bearbeitung Marburg 1923.

Inhaltsübersicht.

	Seite
1. Die bisherigen Ansichten über die Anwendbarkeit der Vermutung	5
2. Die vertretene Ansicht	14
a) an einem Fall dargelegt	
b) die von ihr betroffenen Fälle aufgezählt	
3. Die vertretene Meinung im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes	25
4. Die vertretene Meinung im Hinblick auf die Systematik des Gesetzes	37
5. Die vertretene Meinung im Hinblick auf ihre Ergebnisse	42
6. Die sich aus der vertretenen Meinung im Prozeß ergebenden Fragen	52
a) bei Klageerhebung	
b) beim Gegenbeweis	

Lebenslauf.

Am 6. August 1901 wurde ich zu Iserlohn in Westfalen als Sohn des Amtsgerichtsrat Bernhard Boland und seiner Gattin Marie, geb. Dilthey geboren. Ich besuchte die Volksschule an meinem Geburtsort, drei Jahre das Fridericianum in Davos (Schweiz) und 6 Jahre das staatliche Prinz-Georg-Reformgymnasium in Düsseldorf, an dem ich im Frühjahr 1920 das Abitur bestand. Nachdem ich ein Jahr in einer Hamburger Exportfirma als kaufmännischer Lehrling gearbeitet hatte, bezog ich Ostern 1921 die Universität Tübingen für drei Semester. Im 4. Semester studierte ich in München und im 5. und 6. Semester in Marburg. Im Juli 1924 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Kassel und wurde im September d. gl. Jahres zum Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf ernannt.

Auf Grund vorstehender Arbeit – Berichterstatter Geheimrat Prof. Dr. Franz Leonhard – bestand ich am 29. November 1926 das Doktorexamen in Marburg „cum laude".

*
Gedruckt
Bernhard Rindt
Kirchhain
*